

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Preuve par Commune Renommée

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 26 Mai 1910

PAR

Emile GUÉGUEN

Président : M. PIEDELIÈVRE

Suffragants : { MM. A. COLIN
PERCEROU } Professeurs

LIBRAIRIE ANCIENNE ET MODERNE

GEORGES CRÈS ET C^{IE}

ÉDITEUR

3 bis, Place de la Sorbonne, PARIS

4910

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Preuve par Commune Renommée

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présentée et soutenue le Jeudi 26 Mai 1910

PAR

Emile GUÉGUEN



Président : M. PIÉDELIEVRE

Suffragants :

MM. A. COLIN
PERCEROU

{ Professeurs

LIBRAIRIE ANCIENNE ET MODERNE

GEORGES CRÈS ET CIE

ÉDITEURS

3 bis, Place de la Sorbonne, PARIS

1910

INTRODUCTION

La Commune Renommée est une preuve testimoniale dans laquelle le témoin au lieu de déposer sur des faits qu'il a constatés lui-même, se borne à rapporter ce qu'il a entendu dire, se fait simplement l'écho de renseignements qui lui ont été fournis sur ce fait qu'il s'agit de prouver par d'autres personnes qui elles-mêmes ne l'ont peut-être pas vus et ne font que rapporter ce que d'autres leur en ont dit. C'est donc un témoignage qui tend à établir, non pas le fait allégué, mais seulement un premier témoignage. « Elle prouve, a-t-on dit, la preuve elle-même » (1)

Ce qui caractérise ce mode de preuve c'est son imprécision puisque la conviction du témoin repose non pas sur la constatation, l'observation personnelle du fait, mais sur de simples rumeurs, des bruits circulant relativement à celui-ci.

« La Commune Renommée, (2) dit très bien Ferrière est la voix publique qui sert de preuve en plusieurs occasions; Elle induit à faire croire ce qu'elle nous annonce, mais l'expérience fait bien voir qu'elle se

(1) BONNIER et LARNAUDE. *Traité des preuves*. 5. Ed. 218.

(2) Dictionnaire de droit et pratique.

v° Commune Renommée.

peut quelquefois tromper. La preuve par commune renommée n'est présomption qui ne prouve pas avec certitude, mais qui nous induit à une croyance douteuse sur le fait dont il s'agit.

« La raison est, qu'il n'y a rien de si crédule, ni de si aisé à surprendre que le peuple par une fausse opinion. Il ne faut qu'un homme qui commence à dire une chose, pour être suivi d'une infinité d'autres. Il se fait un plaisir d'être l'auteur et pour ainsi dire le père de ceux qu'il appuie. La persuasion s'en communique par une contagion secrète; les espèces se multiplient et se grossissent tellement que, d'un doute particulier, il s'en forme une opinion universelle : C'est un écho qui rend les sons et qui, les multipliant à l'infini, forme ce que nous appelons commune renommée, qui ne peut passer pour une preuve complète, n'étant le plus souvent qu'une prévention populaire ».

On ne peut mieux indiquer que notre vieil auteur, la nature, les inconvénients de ce mode de preuve.

C'est un mode de preuve où tout est flottant, où les courants de l'opinion se contrarient, « où l'opinion qui surnage du sein de cet océan de doutes est une résultante d'idées contraires ».

Elle ne doit être confondue ni avec la présomption de fait ni avec le témoignage indirect.

La présomption est une conséquence que le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu (à 1349). Cette définition ne peut s'appliquer à la Commune Renom-

mée, là, le témoin dépose d'un fait qu'il n'a pas vu, il rapporte simplement l'état de l'opinion publique sur le point qu'il s'agit d'établir. Ce n'est pas d'un fait connu qu'il pourra tirer une conséquence ce n'est que d'un élément on ne peut plus incertain et qui ne présente aucun degré de sécurité. Tandis que dans la présomption le point de départ du raisonnement du juge est quelque chose de bien établi, dans la commune renommée, la base même de son raisonnement est quelque chose de fragile qui ne repose que sur des données susceptibles de toutes les exagérations et de toutes les contradictions.

La preuve par Commune Renommée ne se confond donc pas avec la présomption. Elle ne se confond pas davantage avec le témoignage indirect : Dans le témoignage indirect on entend un témoin qui rapporte les paroles prononcées devant lui par une personne absente, non citée, non entendue, par conséquent dans l'enquête : Ces paroles du tiers reproduites par le témoin contiennent des faits ou propos imputés d'une partie en cause. Entre la commune renommée et le témoignage indirect il y a ce point commun c'est que le témoin ne dépose pas sur des faits dont il a la connaissance personnelle; il les a entendu raconter. Mais le témoin indirect ne fait que rapporter purement et simplement ce qu'on lui a dit, ce que lui a dit un témoin direct du fait. Le juge se trouve donc en face d'un fait, la dé-

position du témoin interrogé dont il peut s'aider pour apprécier le récit des tiers que le témoin a rapporté. Il y a entre les deux faits un lien très net qu'il est facile de suivre, l'esprit peut aller de l'un à l'autre sans tomber dans l'incertain et dans le vague. Tout est imprécis au contraire dans la commune renommée. Le renseignement donné au juge est anonyme; c'est ON qui en est l'auteur; les circonstances où ce bruit a pris naissance, l'époque à laquelle il est apparu, l'appréciation de la valeur morale de la personne qui a mis ce bruit en circulation tout cela fait défaut au juge. Il n'a aucun point précis auquel il puisse se rattacher. La preuve par commune renommée atteste simplement un état de l'opinion et l'on sait combien celle-ci est sujette à exagération et à erreur.

C'est donc une preuve tout à fait exceptionnelle et à laquelle on ne doit recourir qu'en désespoir de cause.

Ce n'est en effet que dans des cas exceptionnels que le législateur en autorise l'emploi. Rien en effet n'est plus vague qu'une preuve dans laquelle on consulte l'opinion publique pour lui demander ce qu'elle pense de tel ou tel fait, sans être obligé de contrôler ce dangereux témoignage par une vérification directe. Aussi ne l'admet-on que comme une ressource extrême en faveur de personnes dont les intérêts se

INTRODUCTION

trouvent complètement abandonnés à ce bon vouloir d'autrui.

On la trouve mentionnée dans trois articles de notre Code Civil 1415, 1442, 1504 qui ne font d'ailleurs que la mentionner sans la commenter, sans en présenter une théorie générale ni même sans en donner les caractères. Elle fonctionne au profit de la femme ou de ses héritiers pour établir la consistance de ses meubles propres et au profit des héritiers d'un de cujus commun en biens pour établir la consistance des meubles communs à l'égard du conjoint suivant.

C'est dans notre ancien Droit coutumier que notre Code a trouvé cette application de la commune renommée.

L'admission de ce mode de preuve a été dans notre ancien Droit l'aboutissement d'une longue évolution tendant à faciliter le régime des preuves en matière de reprise des apports mobiliers. La pratique d'abord très stricte en cette matière c'est peu à peu adoucie et a pu d'autant plus facilement se modifier en ce sens qu'aucun texte ne saurait restreindre sur ce point sa liberté.

L'histoire de cette pratique peut se diviser en trois grandes périodes, qui occupent chacune un siècle.

1^o Au XVI^e siècle la preuve en matière de reprise d'apports mobiliers ne peut se faire que par inventaire.

La coutume de Paris contient à cet égard une décision très nette pour le cas où les époux communs ont adopté dans leur contrat de mariage une clause de séparation de dettes (a. 222).

« Combien qu'il soit convenu entre deux conjoints qu'ils paieront séparément leurs dettes faites auparavant leur mariage; ce néanmoins ils ne sont tenus, s'il n'y a inventaire préalablement fait, auquel cas ils demeurent quittes, représentant l'inventaire ou l'utilisation d'icelui ».

2^o Mais comme l'inventaire était une formalité gênante on s'efforça de s'en débarrasser et de recourir à des moyens plus simples pour réserver propre le mobilier. La jurisprudence du XVII^e siècle ne put continuer à exiger rigoureusement la confection d'un inventaire; elle se contenta donc d'une simple preuve rédigée par écrit. En cas de stipulation de propres dans le contrat de mariage Lamoignon décide qu'à défaut d'inventaire, l'époux en faveur duquel a été faite cette stipulation ne reprendra que ce qu'il justifiera par écrit lui avoir appartenu pendant le mariage (Arrêtés, titre 32, art. 9.).

3^o La pratique ne s'en tint pas là. Il arrivait souvent en fait que l'époux propriétaire d'un mobilier propre négligeait d'en constater la consistance par écrit. En fait son mobilier se confondait avec le mobilier commun et à la dissolution de la communauté on tendit dès le début du XVIII^e siècle, à lui permet-

tre d'en faire la preuve par tout moyen. Ce ne fut point d'ailleurs sans quelque répugnance que l'on s'y décida, et ce n'est qu'à défaut de tout autre moyen de preuve que les tribunaux autorisaient que l'on procédât à une enquête par commune renommée. (Lebrun, Communauté L. III, Ch. II, Sect. 2, édit. V, n° 55). Toutefois, cette méfiance à son tour, s'atténua et ce moyen de preuve apparaît comme une institution admise à la fin de notre ancien Droit. Pothier la mentionne comme un moyen dont l'emploi ne peut faire doute de justifier la quantité de mobilier que les époux ou l'un d'eux avaient lors du mariage. (Introd. à la coutume d'Orléans n° 48. Communauté 300 DUNOD, Cont. de Franche-Comté. Ch. VII, sect. I sur l'a 14 du droit des gens mariés). D'ailleurs pour l'emploi de cette preuve on admettait que le juge devait se montrer plus favorable pour la femme qui avait subi l'autorité de son mari et qui n'avait pu prendre elle-même les mesures propres à assurer la preuve de la consistance de ses biens.

Lorsque la question de la preuve des apports mobiliers se posa devant les rédacteurs du C. c., ils hésitèrent entre plusieurs procédés dont ils trouvaient le modèle dans notre ancien droit. Peu soucieux d'innover en cette matière, ils se bornèrent plutôt à simplifier et coordonner les préceptes autrefois épars.

Deux systèmes furent proposés, l'un par Malleville, l'autre par Tronchet et Berlier. Le premier, pour

dispenser les familles des frais d'un inventaire « ruineux » admettait comme dans l'état dernier de notre ancien droit que les époux pouvaient faire la preuve de leurs apports par tous moyens.

L'autre, au contraire, se ralliait au système consacré par Lamoignon dans ses arrêtés, et à défaut d'inventaire en bonne et due forme, exigeait au moins un acte écrit. Cette preuve semblait imposée par la difficulté que l'on éprouvait, après de longues années de vie commune à distinguer le mobilier propre du mobilier commun. La « preuve orale » semblait devoir en cette matière présenter trop de dangers, d'incertitude et devoir compromettre « le bonheur et le repos des familles » (Locré, T. 13, pp. 182 et 279).

Les rédacteurs du C. c. admirèrent une solution intermédiaire. Ils consacrèrent, en principe, le système de Lamoignon exigeant une preuve écrite à défaut d'inventaire, mais à titre exceptionnel. Ils admirèrent que la femme, et elle seule, pourrait prouver par tout autre moyen même par commune renommée la consistance du mobilier à elle échu pendant le mariage (art. 1504).

Les rédacteurs du C. c. ont donc modifié et restreint l'application de ce mode exceptionnel de preuve, il ne fonctionne qu'au profit de la femme et non plus pour le mobilier apporté en mariage par l'époux, ou qui lui échoit pendant le mariage, mais seulement relativement à ce dernier.

En outre pour protéger les créanciers contre les fraudes auxquelles pourrait donner lieu ce mode de preuves, ils ont posé dans l'art. 1499 la présomption que tout le mobilier à défaut d'inventaire ou état en bonne forme est présumé acquêt. L'intérêt des créanciers leur a paru préférable à celui de la femme.

Les rédacteurs du Code civil discutèrent encore l'admission de la preuve par commune renommée dans une autre hypothèse : pour le cas où l'époux survivant ne fait point inventaire des biens communs. La question se rattachait à celle de savoir si en pareille hypothèse on devait maintenir la solution de la coutume de Paris qui déclarait alors que les enfants pouvaient demander la continuation de la communauté entre eux et le survivant. Mais comme ce système donnait lieu à de graves difficultés les enfants préféraient d'ordinaire s'en tenir à l'autre droit qui leur était accordé par la coutume de fixer au moyen de la commune renommée, la composition des biens communs. Ce mode de preuve étant devenu la règle la plus générale on proposait de la consacrer simplement dans le Code (Ferret, Trav. préparat. t. XIII, pp. 563 — 564.).

C'est ce que fit l'article 1442, 1^{er} alinéa, qui admit ce mode de preuve au profit des héritiers du prédécédé contre l'époux survivant qui n'a pas fait inventaire.

Tels sont les seuls cas pour lesquels ce mode de preuve soit mentionné dans le code.

Nous allons étudier successivement chacune des hypothèses où il fonctionne en nous demandant comment il peut se justifier. Nous rechercherons ensuite quel est le fondement de ce mode de preuve dangereux et exceptionnel, si on peut l'étendre en dehors des cas où il est expressément autorisé par les textes, ou si, au contraire, on en doit restreindre l'application aux hypothèses prévues. Nous indiquerons enfin brièvement la procédure suivie pour l'administration de cette preuve.

La Preuve par Commune Renommée

DANS LE

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

CHAPITRE PREMIER.

La preuve par commune renommée dans le
régime de communauté.

*Preuve par Commune renommée à défaut
d'inventaire des biens propres.*

SECTION I

(Art. 1415 — 1504)

La preuve par commune renommée fonctionne dans deux séries d'hypothèses prévues par les art. 1504 et 1415 du Code civ. d'une part, et par l'article 1442 d'autre part.

HYPOTHÈSE DE L'ART. 1415. — Dans la première hypothèse, la preuve par commune renommée fonctionne au profit de la femme mariée sous le régime de la communauté légale ou de la communauté d'acquêts, quand il s'agit pour elle d'obtenir une récompense ou

d'exercer une reprise à raison du mobilier à elle échu pendant le mariage et non inventorié.

L'art. 1415 est dans la première partie du chapitre II du régime de communauté (L. III tit. 5) partie qui s'occupe de la communauté légale entre époux.

« Lorsque la succession échue à l'un des époux est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire de ce mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue ».

L'article 1415 vient ensuite accordant à la femme un avantage particulier qu'il n'accorde pas au mari : « A défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin par la commune renommée de la consistance de la valeur du mobilier non inventorié. Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve. ».

Une succession mixte échoit à la femme mariée sous le régime de la communauté légale. Cette succession a été régulièrement acceptée. Les meubles tombent en communauté (art. 1401). Si cette succession était grevée de dettes, celles-ci tombent en communauté pour le tout, en ce qui concerne l'obligation, c'est-à-dire le droit de poursuivre des créanciers, mais la communauté ne doit définitivement supporter qu'une partie des dettes proportionnelle à la valeur de l'actif mobilier tombé en communauté (contribution). Mais cela suppose que l'actif mobilier a été établi par rapport à l'actif immobilier. Cette détermination ne peut se faire que par inventaire. L'article 1415 suppose que celui-ci n'a pas été dressé et décide qu'en ce cas, la femme peut établir la consistance du mobilier, à fin de récompense, même, au besoin, par commune renommée.

L'article 1415 contient manifestement une disposition de faveur constituant une mesure de garantie pour la femme. Les raisons pour lesquelles se justifie cette disposition sont nombreuses.

1^o C'était déjà une solution admise dans l'ancien droit; souvent, il arrivait qu'aucun inventaire n'était fait quand un mobilier propre advenait par succession à l'un des époux; de ce fait, il se confondait immédiatement avec le mobilier commun et le mobilier propre de l'autre époux. De bonne heure, on vit se manifester la tendance d'admettre en cette oc-

currence tous les moyens de preuve possibles, et au début du 17^e siècle, cette solution fut admise. « Com-
« me le régime est contre le mari, la femme, dit Le-
« brun, se fait autoriser en justice pour faire inven-
« taire de son apport ou de ce qui lui revient par
« donation, succession ou autrement. Souvent aussi,
« à défaut de preuves, on en vient à une *enquête*
« *par commune renommée* ». (LEBRUN, *Communauté*.
L. III, ch. II, § 2, dist. 5, N^o 55). Ces enquêtes
avaient cependant encore le caractère d'un moyen
de preuve exceptionnel et subsidiaire. Mais un peu
plus tard, elles deviennent plus normales. Pothier
le constate dans son traité de la Communauté : « Lors-
« qu'il n'y a aucun acte par lequel on puisse jus-
« tifier la quantité de mobilier que les conjoints ou
« l'un des conjoints avait lors du mariage, on en
« admet la preuve par commune renommée : on laisse
« à la discrétion du juge à fixer sur les enquêtes
« faites de la commune renommée, la quantité de
« ce mobilier ». (POTHIER, *Traité de la Communauté*,
N^o 300). De même, dans son introduction à la Coutume
d'Orléans (N^o 48) : « Lorsque la quantité du mobilier
« du conjoint n'est pas justifiée par aucun acte, on
« lui permet, et encore plus à ses héritiers, d'en jus-
« tifier par une enquête de commune renommée ».

Mais à cette raison d'ordre historique, on en
peut ajouter d'autres, tirées de considérations ration-
nelles ou d'équité.

1° Sous le régime de communauté, c'est au mari qu'appartient l'administration des biens propres de la femme. Elle se trouve donc soumise pleinement à cet égard à la puissance de son mari, qui gère toute sa fortune. Elle ne peut donc pas être en faute si elle ne rapporte pas la preuve régulière de la consistance de la succession qui lui est échue; aussi la loi lui facilite-t-elle la preuve à faire.

2° Le mari n'a pas à se plaindre de la situation plus avantageuse faite à la femme. Il supporte en somme la conséquence de sa propre négligence. Il avait un moyen très simple qui lui était ouvert pour mettre sa responsabilité à couvert, c'était de rédiger un inventaire. Il ne l'a point fait, il a manqué à une obligation que lui incombait la loi, et il est juste que les conséquences retombent sur lui.

3° On peut même admettre que parfois c'est par mauvaise foi et pas seulement par simple négligence que le mari n'a pas fait inventaire. Il a voulu, en ne remplissant point cette formalité, faire disparaître les preuves établissant la consistance du mobilier échu à la femme. Il est juste que ce calcul puisse être déjoué.

C'est donc pour remédier à son incapacité et aux dangers de la négligence et du dol du mari que la femme est autorisée à recourir dans l'hypothèse prévue par notre article à la preuve par commune renommée.

2°. *Hypothèse de l'Art. 1504.*

Ce texte vise une hypothèse analogue à celle de l'art. 1415 mais d'une façon générale.

Cet article est ainsi conçu : « Le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage doit être constaté par un inventaire.

« A défaut d'inventaire du mobilier propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise.

« Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire la preuve soit par témoins, soit par commune renommée, de la valeur de ce mobilier. »

Voici ce que suppose l'article. Pendant le mariage, un mobilier échoit à la femme; le mari doit faire faire un inventaire régulier.

Si aucun inventaire n'a été fait, la femme ou ses héritiers peuvent exercer la reprise de ce mobilier en en déterminant la consistance et la valeur par commune renommée.

Cet article est placé dans la section II de la cinquième partie du Chapitre 3 (L. 3, tit. 5), section s'occupant de la clause qui exclut le mobilier en tout ou en partie de la communauté. La clause de réalisation jointe à la clause de séparation des dettes équivaut à la communauté réduite aux acquêts. Donc, l'article 1504, semble-t-il, statue aussi pour le cas de communauté d'acquêts.

Car les deux régimes sont analogues au point de vue des biens qui restent propres aux époux.

Cette opinion est unanimement admise par la jurisprudence et la doctrine, sauf Laurent (T. XXIII) N^o 182-183, p. 191) qui soutient que l'exception faite au profit de la femme par l'art. 1504 ne doit s'appliquer qu'au cas où il y a une clause de réalisation inscrite dans le contrat de mariage, et non à celui où les époux ont adopté la communauté réduite aux acquêts.

Les difficultés soulevées par l'interprétation de nos textes peuvent se ramener aux 4 questions suivantes :

1^o. — *Objet de la preuve par commune renommée.* Peut-on utiliser ce mode de preuve pour établir le titre même d'acquisition ou pour établir seulement la consistance du mobilier commun ?

2^o. — *Quand peut-on prouver par commune renommée ?* Le texte de ces deux articles suppose qu'il n'a pas été fait d'inventaire. En pareil cas, la preuve par commune renommée est possible. En est-il encore de même au cas où il a été dressé un inventaire, mais où celui-ci n'est pas régulier dans la forme ou incomplet ?

3^o. — *Quelles sont au juste les personnes qui peuvent se prévaloir de la preuve par commune renommée ?* La question ne se pose évidemment pas pour la femme qui est expressément mentionnée

par le texte de ces articles ainsi que ses héritiers; mais on veut demander si les héritiers du mari en présence de la femme ou de ses héritiers peuvent également y recourir.

4°. — *Contre qui peut-on prouver par commune renommée ?* — On s'est demandé si la preuve par commune renommée quand la femme peut y recourir contre son mari, peut également être employée par elle contre les créanciers de celui-ci ? Dans l'article 1415, la difficulté est moins complexe que dans l'article 1504, car dans l'hypothèse de ce dernier texte, il y a une distinction à faire suivant le titre auquel se présente la femme suivant qu'elle agit comme propriétaire ou comme créancière. Au contraire, dans l'hypothèse de l'article 1415, c'est toujours à titre de créancière qu'elle se présente.

Reprenons successivement ces différentes questions pour rechercher dans chacune d'elles quel est le domaine courant de notre mode de preuve, et s'il doit être étendu ou restreint.

I

OBJET DE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE.

La disposition de l'art. 1504 apparaît comme beaucoup plus générale que celle de l'article 1415. Ce der-

nier vise le cas d'une succession mixte échue à la femme et la solution qu'il donne ne peut fonctionner qu'en matière de succession. Pour les meubles qui sont advenus autrement à la femme, celle-ci ne peut se servir de la commune renommée. — S'il s'agit par exemple d'un don manuel. Le donateur, en faisant cette libéralité à la femme a exprimé la condition que le meuble ne tomberait pas en communauté; la commune renommée supposant comme titre une succession, la femme ne peut se prévaloir de la disposition de l'art. 1415, mais elle peut se servir de l'art. 1504 (1).

Ce texte, en effet, vise tous les cas d'acquisition postérieurs au mariage. Grâce à lui, elle pourra établir la consistance du don manuel par commune renommée si l'on suppose faite la preuve de l'existence du don manuel (Bordeaux 26 janvier 1874 : S. 74.2.140).

Nous venons de supposer que la preuve de l'existence du don manuel était faite et que la commune renommée n'était employée que pour en prouver la consistance. Mais on peut se demander aussi si ce mode de preuve ne pourrait pas être employé pour établir non pas seulement la consistance, mais même l'existence du don manuel.

Il s'agit de savoir si la preuve par commune renommée peut être employée pour démontrer l'existence du titre d'acquisition. La question de l'objet

(1) Cf. PRINCE. *De la preuve des reprises de la femme sous les divers régimes*. Thèse, Paris 1905, et GAILLARD p. 68.

de la preuve par commune renommée se ramène au point de vue de savoir si elle peut servir à démontrer seulement la consistance du mobilier acquis par la femme ou en outre le titre même de cette acquisition. Si par exemple, dans l'hypothèse de l'art. 1504 elle peut servir à prouver non seulement la consistance du mobilier échu par succession, mais l'acquisition héréditaire elle-même, non seulement la consistance de la donation, mais la donation elle-même.

La question ne peut guère se poser pour la succession parce qu'ici le titre d'acquisition se confond avec le fait même de l'ouverture de la succession, ni pour la donation pour laquelle il existe un acte notarié. Mais il y a deux hypothèses où la question apparaît plus délicate : celle d'abord d'un don manuel fait à la femme, où par conséquent il n'y a pas de titre écrit en constatant l'existence; et en second lieu le cas où il s'agit de l'aliénation d'un propre de la femme dont on a dissimulé une partie du prix de vente. Dans ces deux cas la femme peut-elle recourir à la commune renommée pour démontrer l'existence du don manuel qui lui a été fait, l'existence d'une dissimulation du prix de vente qui sert de fondement à sa réclamation pour une récompense plus élevée ?

C'est la question que nous allons examiner et que nous résoudrons par la négative.

PREMIÈRE OPINION. — D'après cette opinion, la preuve par commune renommée peut être employée

même pour établir le titre d'acquisition du mobilier advenu à la femme.

Tout en ne contestant pas le caractère exceptionnel des articles 1504 et 1415, on prétend que leurs termes n'excluent pas la possibilité pour la femme de recourir à la commune renommée pour établir l'existence même de son droit. Ces deux textes, dit-on, n'ont statué que pour l'hypothèse la plus fréquente, celle où l'existence même du titre sur lequel la femme fonde sa réclamation n'est pas contestée : succession échue à la femme (1415 — 1504) ou donation qui lui a été faite (1504). En cas de succession, il est difficile de contester le titre d'acquisition de la femme puisqu'il résulte du fait même de l'ouverture de la succession; au cas de donation, l'acte de donation établit suffisamment le droit de la femme. La difficulté ne peut donc porter que sur la consistance de la succession ou de la libéralité. Pour qu'elle s'élève sur l'existence même de la donation, il faut qu'il s'agisse d'un don manuel; or c'est une hypothèse à laquelle vraisemblablement n'a point songé le législateur. Il ne faut donc point interpréter à la lettre nos deux textes, et il faut rechercher s'il n'y a pas au contraire des raisons générales qui justifient l'application de la preuve par commune renommée à l'existence du titre d'acquisition comme à la consistance de celle-ci.

Ces raisons, dit-on, résultent du caractère même

des articles que nous examinons, de la situation difficile que l'on fait à la femme en lui refusant le secours de la commune renommée.

Ces textes n'ont pas seulement pour but comme on le croit souvent de punir le mari coupable de négligence pour n'avoir pas fait dresser un inventaire du mobilier dont la réception est contestée. Le législateur, en édictant l'article 1504 al. 3. a voulu bien moins punir la négligence du mari que protéger la femme qui n'a pas pu par suite de sa subordination dans le mariage, se procurer une preuve correcte et régulière. C'est pourquoi l'article 1415 permet à la femme de recourir aux titres et papiers domestiques, et même à la commune renommée. C'est moins pour punir le mari que pour éviter un préjudice à la femme que ces textes ont été édictés.

Or, on la laisse exposée à ce préjudice si on ne lui permet pas de prouver par commune renommée l'existence même de son titre d'acquisition.

Tout aussi bien que pour la consistance du mobilier acquis par elle, il est à craindre que la femme ne puisse représenter ni une preuve écrite ni un commencement de preuve par écrit. Alors même qu'elle pourrait invoquer un commencement de preuve par écrit, il est à craindre qu'elle ne puisse réunir un faisceau de témoignages ou de présomptions suffisamment probants pour lui permettre de jus-

tifier ses droits. Si l'on n'admet pas la commune renommée, il faut également exclure la preuve par papiers domestiques ou par témoins. On doit dès lors laisser la femme sous l'empire du droit commun de l'article 1341, c'est-à-dire exiger une preuve écrite au delà de 150 francs. Telle n'a pu être évidemment l'intention du législateur.

On ajoute enfin un argument d'analogie. Que prouve l'inventaire ou l'état administratif annexé à la donation mobilière ? Il servira à prouver à la fois la consistance et l'existence même de la libéralité. A défaut de ce mode de preuve, le moyen indiqué par l'art. 1504-al. 3 et admis pour la consistance de la donation doit de même être admis pour l'existence de celle-ci.

En résumé, si le législateur ne dit rien du cas où le titre même d'acquisition est contesté, c'est parce qu'il était de nature à se présenter rarement dans la pratique. Mais quand ce cas se présente, comme dans l'hypothèse d'un don manuel, il ne faut pas hésiter à appliquer les dispositions des articles 1504 et 1415.

En ce sens : Cass. 29 Déc. 1866 (D. 67. I. 209, S. 67. I. 110) — Douai 11 avril 1884 (D. 84. 2. 870, S. 84. 2; 156) — Cass. civ. 29 déc. 1902 (D. 1904: 1: 401). — BRESSOLLES, *Traité des dons manuels*, n° 273, p. 384; GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. 2, 3^e édit. n° 652 bis; FUZIER HERMANN, *Code annoté*, art. 1415, n° VI et 39.

2^e *opinion*. — Une première opinion se prononce en faveur de l'interprétation stricte de notre article. Ce texte, comme d'ailleurs l'art. 1415, ne parle que de la « valeur » ou de la « consistance en valeur » du mobilier non inventorié. Or, ces textes sont des dérogations au droit commun de la preuve auquel ils apportent une exception, qui doit être strictement interprétée, à cause du caractère anormal du mode de preuve qu'ils mettent en jeu.

La question de preuve de l'existence même du titre en vertu duquel la femme réclame le mobilier non inventorié est en dehors des termes de l'article 1504 et de l'article 1415. Ces textes ne peuvent donc recevoir d'application.

En laissant de côté cet argument, on peut donner une raison plus profonde de cette solution négative. On comprend que l'on fasse une distinction entre la consistance des biens acquis et l'existence du titre d'acquisition. La nature de la preuve n'est pas la même dans les deux cas. A supposer que l'existence du titre d'acquisition ne soit pas contestée ou soit établie, on comprend très bien que la commune renommée puisse être employée pour établir la consistance du mobilier acquis. Au contraire, si on fait l'application de ce mode de preuve à la question d'existence du titre d'acquisition la preuve par commune renommée est une preuve isolée qui ne s'appuie sur rien. La commune renommée est une preuve com-

plémentaire de la démonstration déjà faite d'un fait antérieur, ce n'est pas une preuve se suffisant à elle-même. Elle implique pour fonctionner un fait déjà connu et incontesté dont elle vient préciser la consistance et les caractères; c'est une preuve résultant d'allégations imprécises et dont les témoins n'assument pas la responsabilité personnelle. C'est une preuve qui ne va pas au delà du degré de simple vraisemblance, mais qui ne constitue pas une affirmation directe. Elle ne peut donc fonctionner que pour consolider une autre preuve, pour compléter une indication antérieure, certaine, mais insuffisante. C'est une preuve purement complémentaire. On ne peut donc l'utiliser à démontrer l'existence même du titre d'acquisition.

Ceci d'ailleurs se conçoit facilement. On comprend bien que la femme soit dispensée de recourir aux modes de preuve du droit commun quand il s'agit d'établir la consistance du mobilier non inventorié. Le plus souvent, cette question de preuve se posera longtemps après que le mobilier sera échu à la femme, les éléments d'appréciation auront disparu, les témoignages directs qu'elle pourrait invoquer auront la plupart du temps perdu leur précision. Le plus souvent, il serait impossible à la femme, si on l'astreignait aux règles du droit commun, de faire sa preuve. Les mêmes difficultés ne se rencontrent pas pour la preuve de l'existence même du titre d'ac-

quisition. Il s'agit ici en effet de prouver un fait précis, nettement déterminé, qui ne présente pas, comme la preuve de la consistance ou de la valeur du mobilier, le danger d'appréciations divergentes mettant la femme dans l'impossibilité de faire la preuve qui lui incombe.

On conclut donc que la femme devra faire la preuve de l'existence de son titre d'acquisition par les moyens de droit commun; ce n'est qu'ensuite, pour la consistance du mobilier acquis mais non inventorié, qu'elle pourra recourir à ce mode de preuve exceptionnel qu'est la preuve par commune renommée (1).

A cet argument, décisif à notre avis, tiré de la nature de la preuve par commune renommée, on en ajoute un autre tiré des conséquences pratiques auxquelles conduit le système contraire, et qui font que la Cour de Cassation après avoir admis que l'on peut faire par commune renommée la preuve même de l'existence du don manuel, ne va pas jusqu'au bout de cette idée. Elle l'admet bien quand il s'agit d'un don manuel émanant d'un tiers, mais s'il s'agit au contraire d'un don manuel émanant du mari, elle

(1) Pau, 10 déc. 1858 (D. 59.2.18) ; Bordeaux, 26 janv. 1894 (S. 74.2.140) Angers, 4 mars 1903 (D. 1903.2.421 (S. 1904.2.281) ; LAURENT, t. XXIII, n° 184, p. 192 ; THIC. *Commentaire*, t. IX, n° 144, p. 164 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, 2^e éd. I, n° 563. MÉRIENBAC, *Communauté*, n° 894 ; Rép. gén. de dr. franç. V. Communauté, n° 894 ; DALLOZ, *Jurisprud. gén.* t. XXIII, V. Contrat de mariage, n° 941.

exige ici preuve écrite de l'existence du titre (1).

Comment justifier cette différence ?

Quand il s'agit d'un don manuel fait par le mari, il n'y a pas, dit-on, impossibilité pour la femme à se procurer une preuve écrite, — un titre écrit, — ce qui signifie que, dans l'autre cas, si on admet la preuve par commune renommée, c'est qu'il y a impossibilité morale pour la femme de se procurer un titre écrit. Mais en partant de cette idée, on devrait simplement décider que la femme est dispensée de produire un titre écrit et l'autoriser à recourir au témoignage oral (art. 1348), mais non pas à se servir de la commune renommée.

C'est donc seulement pour établir la consistance du mobilier échu que la femme peut recourir à la commune renommée qu'elle ne peut être admise à s'en servir pour démontrer l'existence du titre d'acquisition.

Une autre difficulté se présente dans le cas d'une dissimulation du prix d'aliénation d'un de ses propres. L'hypothèse est la suivante : un propre de la femme a été aliéné, une partie du prix a été dissimulée qui est tombée en communauté. La femme voudrait, à la dissolution de la communauté, établir l'existence

(1) Cass. 29 déc 1902 (D. 1904. I. 401) ; 6 fév. 1905 (D. 1905. I. 481) et la note.

de la dissimulation et cela par commune renommée. La Cour de Cassation ne s'est point prononcée sur la question. L'avocat de la femme avait essayé d'introduire la question de preuve par commune renommée, mais la Cour, tout en reconnaissant que la femme jouit d'une grande liberté en matière de preuve, n'a émis aucune affirmation sur le point spécial de la commune renommée.

La question, à notre avis, n'est pas discutable et l'on doit repousser l'admissibilité de la commune renommée. D'abord pour une raison de texte. Nous avons dit que le domaine d'application de l'article 1504 était celui de la communauté d'acquêts. Or, la question que nous examinons pourrait se présenter sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle. Dans les uns comme dans les autres, le danger auquel est exposée la femme est le même. Dès lors, il faudrait appliquer à tous les régimes de communauté la solution de l'art. 1504. Ce qui est inexact.

A cette raison de texte s'ajoutent des raisons de fond. Déterminons quelle est la situation de la femme en cette hypothèse, et pour cela, distinguons deux hypothèses suivant que la femme a été ou non partie à l'aliénation.

1^o L'aliénation a été faite par la femme autorisée par le mari. Dans ce cas, la femme est complice de la fraude commise par celui-ci. C'est d'elle-même

que provient le danger contre lequel elle veut aujourd'hui se prémunir en invoquant la commune renommée. Il semble dès lors bien difficile de lui donner un moyen de protection aussi exceptionnel que la preuve par commune renommée. On introduirait ici une idée analogue à celle que l'on trouve dans le régime dotal : « bien de femme ne peut se perdre », il faut qu'elle en retrouve toujours la valeur. Il semble étrange de vouloir faire bénéficier la femme d'une pareille faveur contre un acte frauduleux dont elle est l'auteur ou le complice.

2^o La situation de la femme paraît plus digne d'intérêt dans le cas où le contrat de mariage ayant donné au mari pouvoir d'aliéner les propres de la femme, c'est lui qui a procédé à la vente dont il a dissimulé le prix pour partie.

Néanmoins, nous refusons ici encore à la femme la preuve par commune renommée. Ce serait contraire à ce que nous avons dit de la nature de la commune renommée et de l'impossibilité de l'employer à la preuve de l'existence du titre d'acquisition. Il s'agit ici en effet d'établir, non pas le montant de l'acquisition, mais le titre même de cette acquisition : la dissimulation à raison de laquelle la femme prétend avoir droit à une récompense supplémentaire.

La femme cependant ne se trouvera point dénuée de toute protection, et elle en trouvera le principe dans les règles du droit commun. Le mari était char-

g  de l'administration des biens de la femme. Il a aliéné un immeuble de celle-ci   un prix notablement inférieur à la valeur véritable, il a donc mal géré de ce chef, il a causé un préjudice à la femme, qui a le droit d'en demander réparation.

En résumé, l'objet de notre mode de preuve c'est la consistance de l'enrichissement et non l'établissement du titre d'acquisition.

II. — Quand peut-on recourir à la commune renommée. La preuve par commune renommée est-elle possible au cas d'inventaire incomplet, irrégulier ?

La Cour de cassation a décidé que la femme ou ses héritiers peuvent établir par commune renommée que l'inventaire fait par le mari dans le cas de l'art. 1415 est incomplet (28 nov. 1866, S. 67. I. 110; D. 67. 1. 209).

Cet arrêt se place dans une hypothèse particulière d'irrégularité : celle où l'inventaire est incomplet.

Mais l'irrégularité peut se présenter sous une autre forme : il peut se faire que l'inventaire soit tardif, volontairement infidèle ou incomplet.

1  L'inventaire est tardif. — Que faut-il entendre par inventaire tardif ? Il semble à première vue qu'il n'y ait ici qu'à faire jouer le délai de 3 mois auquel on est habitué à se reporter quand on parle d'inventaire. Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de texte général imposant ce délai

et que seuls, les articles 795 d'une part, 1456 et 1465 d'autre part, le mentionnent obligatoirement pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession ou de la communauté. Dans ces deux hypothèses, ce délai est imparti dans l'intérêt des créanciers, et il ne concerne que les ayants-droit, l'héritier ou la femme. Dès lors, il semble qu'il soit téméraire de généraliser ce délai pour l'étendre à toutes les hypothèses où un inventaire est dressé, surtout quand elles ne présentent pas d'analogie avec celle visée par ces textes. La jurisprudence d'ailleurs semble bien admettre cette manière de voir. Ainsi elle a refusé d'appliquer ce délai aux héritiers de la femme, la loi ne le leur ayant pas imposé (Rennes 29 juillet 1885, S. 87. 2. 108).

Ainsi, on ne peut assimiler l'inventaire tardif à l'absence d'inventaire, et la preuve par commune renommée ne peut être appliquée dans le premier cas comme elle est autorisée dans le second.

En cas d'inventaire tardif, on peut bien dire que le mari est coupable de négligence, mais on ne peut pas le taxer de faute dans l'administration des biens de sa femme, car c'est sur une présomption de faute que repose la preuve par commune renommée. On ne peut créer de présomption de ce genre en dehors des cas où la loi les formule expressément, et à défaut de texte spécial, le mari doit être soumis à la responsabilité générale qui pèse sur les administrateurs des biens d'autrui. Il importe de bien distin-

guer la faute caractérisée du mari et sa simple négligence. Or, il nous paraît bien que c'est ce dernier caractère qu'affecte la rédaction tardive de l'inventaire. Ce serait une sanction trop dure que d'exposer en pareil cas le mari au même procédé de preuve qu'en cas d'absence d'inventaire.

Nous n'en dirons pas autant en cas d'inventaire incomplet ou volontairement infidèle, et nous admettrons alors la preuve par commune renommée.

2^o Inventaire volontairement infidèle. — Il importe d'abord de bien déterminer le domaine d'application de ce cas. Nous supposons bien entendu que l'infidélité de l'inventaire dressé par le mari est établie et démontrée, et qu'elle l'est autrement que par commune renommée. En effet, vouloir employer celle-ci pour établir le fait même de l'infidélité, ce serait vouloir recourir à la commune renommée pour établir le titre même, et nous avons démontré que ce mode de preuve ne peut fonctionner pour l'établissement du titre lui-même. Nous supposons donc que cette infidélité de l'inventaire est préalablement établie. Lors de la dissolution de la communauté, quand il faudra dresser le second inventaire destiné à déterminer la composition de la communauté dissoute, la femme fera remarquer le caractère infidèle du premier inventaire dressé par le mari, et celui-ci ou ses héritiers refusera de le reconnaître. La femme pourra-t-elle en ce cas recourir à la commune re-

nommée pour établir le montant des valeurs qui ne sont pas mentionnées à l'inventaire ? Nous le pensons, car là nous rentrons bien dans l'hypothèse d'absence d'inventaire. Dans la mesure où il est infidèle, l'inventaire fait défaut, et il y a bien faute du mari, a avoir volontairement dissimulé dans le premier inventaire une partie des valeurs de la femme. La preuve par commune renommée sera donc admissible de ce fait seul qu'il y a eu un inventaire volontairement infidèle, même si cette infidélité n'est pas frauduleuse et ne se combine point avec le désir de s'approprier une partie des valeurs de la femme.

Au cas d'ailleurs où il en est ainsi, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'infidélité de l'inventaire se complique d'une intention frauduleuse existant encore à la date de la dissolution de la communauté, on se trouve en face d'une hypothèse pour laquelle le code a prévu une autre sanction plus grave. C'est le cas du recel. La notion très large que la jurisprudence donne de ce délit permet en effet d'y faire rentrer le cas que nous examinons. Le mari en pareille hypothèse pourra dès lors se trouver exposé à une double sanction : la preuve par commune renommée des art. 1415 et 1504 et les peines spéciales du recel édictées par les art. 792 et 1477.

Il peut donc y avoir coïncidence entre les deux hypothèses, mais ce n'est pas nécessaire; l'infidélité dans le premier inventaire n'impliquant pas forcée-

ment le désir de la part du mari de s'enrichir indûment au détriment de sa femme lors de la dissolution de la communauté.

3^o cas. Inventaire incomplet. — C'est le cas sur lequel la Cour de cassation a été appelée à statuer. Elle déclare que dans cette hypothèse, la preuve par commune renommée est possible. Mais il ne faudrait point se hâter de tirer des conclusions trop absolues de cet arrêt. L'affaire dans laquelle elle a statué est en effet complexe. Il s'agissait d'une question de don manuel qu'un enfant prétendait avoir fait à sa mère et dont il ne restait plus trace. La question mettait en jeu moins nos deux articles que l'art. 1442 et il était difficile de parler d'inventaire incomplet. Néanmoins malgré le caractère restrictif de l'interprétation que l'on doit donner à l'article 1415 il ne paraît pas téméraire d'assimiler au défaut total d'inventaire le cas où celui-ci est incomplet.

L'inventaire incomplet en effet est comme l'inventaire infidèle un défaut d'inventaire « *parte in qua* » pour les meubles que le mari n'a pas compris dans l'inventaire qu'il a fait. D'autre part, le but poursuivi par le législateur, c'est-à-dire protéger la femme contre le mari en lui donnant cette arme redoutable, n'est pas atteint s'il suffit au mari pour s'y soustraire de faire un inventaire quelconque, même incomplet.

§ III. QUI PEUT PROUVER PAR COMMUNE RENOMMÉE ?

Dans les cas où la preuve par commune renommée est possible, peut-elle être invoquée par les héritiers du mari que nous supposons en présence de la femme ou des héritiers de celle-ci ?

Le mari évidemment ne peut pas invoquer cette preuve. Le second alinéa de l'art. 1415 « s'occupe de ce cas et décide que jamais le mari ne pourra établir la consistance des successions à lui échues par les modes exceptionnels de l'art. 1415, premier alinéa. » Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve » dit le texte.

« Le deuxième alinéa de l'art. 1415 empêche en outre le mari de se servir de la preuve par commune renommée, lorsqu'il a négligé de faire l'inventaire d'une succession échue à la femme. Il pourrait avoir un grand intérêt à employer ce moyen pour fixer la part contributoire de sa femme dans le paiement des dettes. La prohibition de cette preuve pour le mari est facile à comprendre : il est en faute de n'avoir pas fait constater par inventaire les successions échues à sa femme comme le lui prescrit l'alinéa 2 de l'article 1414, et il ne peut trouver dans cette faute le droit à une preuve exceptionnelle et anormale. » (Gaillard, De la preuve par commune renommée).

Mais les héritiers du mari ont-ils le droit de prouver par commune renommée la consistance de la succession échue à leur auteur ? Les textes sont muets à leur égard, et ce silence a fait naître des divisions entre les auteurs (Cf. Rodière et Pont, t. II n° 762).

Les uns ont dit qu'on devait appliquer aux héritiers du mari les mêmes textes qu'à celui-ci en partant de l'idée que l'interdiction pour le mari de se servir de la preuve par commune renommée était une peine pour le mari, une sorte de sanction dirigée contre lui, et que par conséquent cette peine et cette sanction devaient lui rester personnelles.

La cour de cassation n'a pas admis cet argument (Cass. 14 août 1842, S. 42. I. 777). L'interdiction de recourir à la commune renommée, dit-on, est pour le mari une peine qui le frappe à raison de l'omission d'inventaire dont il est coupable. Ce raisonnement est inexact. S'il faut faire intervenir ici l'idée de peine civile, c'est en ce sens que la femme a le droit de recourir à ce mode de preuve exceptionnel, et non que le mari en est privé pour le punir de sa faute. Si l'argument était exact, il faudrait en conclure que l'on ne peut opposer la preuve par commune renommée aux héritiers du mari. D'ailleurs même à supposer que l'idée de peine soit attachée à l'exclusion de la commune renommée, il ne s'agirait pas là d'un délit pénal ayant un caractère personnel mais d'un fait civil frappé d'une sanction comme

le recel (art. 1477 C. c.). Or, la sanction attachée au recel frappe parfaitement les héritiers du coupable comme le coupable lui-même (Cass. 11 nov. 1895, S. 96. I. 281; Cass. 7 mai 1898, S. 1900, I. 114). Il faut donc écarter l'idée de personnalité de la peine pour s'en tenir au principe que les héritiers du mari sont les représentants de celui-ci, qu'ils viennent en son lieu et place et ne peuvent avoir que les mêmes droits que lui. Ils sont donc en principe astreints aux mêmes modes de preuve que lui (Guillouard, *Contrat de mariage*, t. II, 3^e édit. n^o 697; Troplong, II, n^o 817; Marcadé, art. 1417, n^o 1; Demante et Colmet de Santerre t. VI, 1^o édit. n^o 57 bis, III; Laurent t. VI, n^o 467).

Toutefois il importe peut-être de formuler une restriction au principe. Il peut arriver en effet que les héritiers du mari dans l'hypothèse de l'art. 1415 soient des héritiers réservataires et ils prétendent que le défaut d'inventaire a été concerté entre le mari et la femme pour faire une libéralité déguisée à leur détriment. Peuvent-ils en pareil cas recourir à la commune renommée ?

Il y a dans ce cas fraude à la loi; les héritiers du mari ne sont plus ici des ayants-cause; ce sont des tiers défendant leur droit propre, venant en vertu de leur titre de réservataires; ils pourront donc prouver la fraude qu'ils allèguent, par témoins, par présomption; ne pourront-ils pas aussi recou-

rir à la commune renommée ? (Guillouard no 658; Demante et Colmet de Santerre, no 57 bis, III). Cependant, même dans cette hypothèse, nous refuserons aux héritiers ce mode de preuve. C'est en effet une arme spéciale et exceptionnelle qui a été donnée à la femme et elle ne doit pas être étendue en dehors des limites indiquées par la loi. Elle ne doit pas devenir un moyen de prouver le déguisement d'une donation entre époux. C'est pour la même raison, parce que la commune renommée est un mode de preuve exceptionnel dont la loi ne parle qu'à propos du régime matrimonial et qui ne doit pas être étendue en dehors de ce domaine, que nous refuserons même de l'employer pour démontrer non plus le fait même de la libéralité déguisée entre époux (fait que nous supposons établi par un procédé de droit commun) mais la consistance de la donation elle-même. Il nous paraît en effet impossible de faire réagir cette espèce de preuve sur la question de nullité des donations déguisées. Ce sont là des règles qui appartiennent chacune à des domaines séparés.

§ IV. — CONTRE QUI PEUT-ON PROUVER PAR COMMUNE RENOMMÉE ?

Les règles de la commune renommée peuvent-elles s'appliquer lorsque la femme se trouve non plus

en présence de son mari, mais en présence de tiers spécialement en présence des créanciers de la communauté ?

C'est là une question très compliquée qui va nous mettre en présence de la discussion relative au caractère des reprises de la femme. Elle sera d'autant plus compliquée que cette question des reprises de la femme ne se pose pas seulement sous le régime de communauté, et nous nous trouverons ainsi amenés à nous demander si on ne doit pas étendre à d'autres régimes que celui-ci le mode de preuve exceptionnel des art. 1504 et 1415.

Il importe d'abord de déterminer quelles sont les hypothèses rentrant dans les termes de nos articles et pour lesquelles la question de l'emploi de la preuve par commune renommée contre des tiers peut se poser.

Deux exemples peuvent être imaginés pour l'art. 1415.

1^o Pendant la durée de la communauté, une succession mixte échoit à la femme. Le mari fait ou ne fait pas d'inventaire. La femme renonçant à la communauté a intérêt à exagérer le montant de l'actif recueilli par la communauté afin de diminuer proportionnellement la récompense qu'elle doit à raison du paiement des dettes de la succession par la communauté. La femme renonçant à la communauté pourra-t-elle se servir de la commune renommée pour

établir que la consistance de la succession n'est pas celle que prétendent le mari et ses créanciers, pour diminuer en un mot l'actif net sur lequel ceux-ci espèrent se faire payer ?

Deux situations peuvent se présenter suivant que les dettes de la succession ont été payées par la communauté ou par la femme elle-même. Au premier cas elle doit une récompense à la communauté et elle conteste la composition de la succession pour diminuer le montant de la récompense en augmentant la part contributive de la communauté; dans le second cas c'est la communauté qui lui doit une récompense et elle exagère le montant de sa reprise en valeur en diminuant par là même le dividende des autres créanciers.

Pour raisonner sur des chiffres, supposons que le passif héréditaire était de 10.000 fr. 1^o La communauté a payé les 10.000 fr. La femme soutient que la valeur de la succession était de 10.000 fr. dont 8.000 fr. de meubles. Par suite de sa renonciation elle ne doit donc supporter que 2000 francs de dettes héréditaires. Les créanciers au contraire soutiennent que la succession ne valait que 7.000 fr. sur lesquels il n'y avait que 3.000 francs de meubles, de sorte que la femme doit une récompense de 4000 fr. à la communauté. A défaut de toute autre preuve, la femme peut-elle prouver son dire par commune renommée ou les créanciers peuvent-ils lui opposer que ce mode

de preuve possible contre le mari est inadmissible contre eux ?

2^o Si nous supposons que la femme a payé de ses deniers les 10.000 fr. de dettes, elle a de ce chef une récompense qu'elle institue pour garder les mêmes chiffres à 8.000 fr. tandis que les créanciers prétendent qu'elle n'a droit qu'à 4.000 fr. de récompense. Peut-elle encore dans ce cas recourir à la commune renommée pour établir la consistance et la valeur du mobilier non inventorié ? Ici la femme se présente comme créancière de la communauté.

On peut également construire deux hypothèses pour l'art. 1504.

Supposons les époux mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts. Une succession mobilière est échue à la femme et le mari n'en a pas fait inventaire. Deux hypothèses peuvent se présenter. Ou bien ce mobilier a été aliéné par le mari et le prix en est tombé dans la communauté, où il se retrouve encore dans l'actif commun et la femme veut le reprendre en nature.

1^o Dans le premier cas, la femme peut-elle faire la preuve de la consistance du mobilier qui lui est échu en se servant de la commune renommée à l'encontre des créanciers de la communauté ? La femme, ici comme dans le second exemple de l'art. 1415, se présente comme créancière d'une reprise en valeur.

2^o Au contraire, dans l'autre hypothèse, le mobilier existant encore en nature, elle se présente comme propriétaire et à ce titre elle invoque la commune renommée contre les créanciers. Comme dans la première hypothèse de l'art. 1415, il s'agit de diminuer l'actif net sur lequel les créanciers se paieront. Seulement, ici, une diminution résulte d'une reprise en nature de la femme et, dans le premier cas d'un refus de la femme, d'ajouter quelque chose à l'actif existant.

Comment résoudre la difficulté ? Le silence des articles 1415 et 1504 nous autoriserait à dire que la femme peut même vis-à-vis des créanciers recourir à la commune renommée. Malheureusement ces deux textes ne sont pas seuls et ils se trouvent en contradiction avec un autre texte, l'article 1510 ainsi conçu :

Art. 1510. — La clause par laquelle les époux stipulent qu'ils paieront séparément leurs dettes personnelles les oblige à se faire lors de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté à la décharge de celui des époux qui en était débiteur. — Cette obligation est la même soit qu'il y ait eu inventaire ou non : mais si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peu-

vent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur tous les autres biens de la communauté. — Les créanciers ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique.

Il résulte de ce texte qu'au cas où les époux se sont mariés sous un régime de communauté conventionnelle comportant une clause de séparation de dettes, l'époux ne peut refuser de payer les dettes communes sur son mobilier tombé en communauté que s'il y a eu inventaire. Cette exigence d'un inventaire doit-elle être étendue à nos deux textes.

Il y aurait une façon radicale de résoudre la difficulté, ce serait d'interpréter à la lettre l'art. 1510 comme Laurent interprète à la lettre l'art. 1504.

Ce texte dirait-on, ne parle que de la clause de séparation de dettes, il ne faut pas l'étendre à d'autres hypothèses. Mais ce raisonnement serait sans valeur; si l'art. 1504 vise en effet la communauté d'acquêts, c'est que celle-ci n'est précisément que la combinaison d'une clause de réalisation avec une clause de séparation de dettes. Toute communauté d'acquêts implique séparation de dettes. La décision de l'art. 1510 s'applique donc aussi bien à la séparation de dettes expresse qu'à la séparation implicitement convenue dans la communauté d'acquêts; il y a donc en-

tre les articles 1504 et 1510 un lien qu'on ne peut briser.

Mais en est-il de même entre les articles 1510 et 1415 ? Ce lien est ici au contraire difficile à nouer. L'art. 1415 en effet s'occupe de la communauté légale. Est-il donc cependant possible de lui étendre la solution donnée par l'art. 1510 qui vise une clause spéciale de communauté conventionnelle ?

La question revient à se demander s'il y a entre les différents régimes de communauté des rapports suffisamment étroits pour que l'on étende à l'un de ces régimes des règles édictées pour l'autre, pour que l'on établisse ce que l'on a appelé le « va-et-vient » des textes ? Rien ne s'oppose à ce qu'on généralise des règles du régime de la communauté légale pour les étendre à la communauté conventionnelle. La question inverse est plus délicate : peut-on compléter des textes de la communauté légale par des dispositions écrites pour la communauté conventionnelle ?

La solution que l'on donne à cette question se rattache à la conception que l'on se fait du régime de communauté légale et de la base qu'on lui donne. Il y a une doctrine d'après laquelle la communauté légale ne serait autre chose qu'une communauté conventionnelle tacite. Telle est notamment l'opinion de MM. Aubry et Rau, qui ne font en somme que reprendre sur ce point une vieille doctrine de Dumoulin

et de nos anciens auteurs, doctrine qui a d'autre part joué un rôle important en droit international dans la solution des conflits soulevés par le régime international des époux mariés sans contrat. Si la communauté légale repose sur une convention tacite, il en est ainsi notamment pour l'art. 1415; il faut donc tout naturellement appliquer à la communauté légale la même distinction que celle de l'art. 1510, c'est-à-dire la non opposition de la convention, et par suite de la preuve par commune renommée qui s'y rattache, aux tiers.

Mais il n'est pas exact de prétendre que la communauté légale se ramène à une communauté toute conventionnelle. Sans doute la communauté légale est volontaire en ce sens qu'on peut l'accepter ou la remplacer par un autre régime. Mais la communauté légale en même temps a un caractère impératif en ce sens que si les époux n'ont pas manifesté dans une forme déterminée, par un acte authentique leur volonté de s'y soustraire, elle s'impose à eux.

Dans ces conditions, l'un des éléments de généralisation de l'art. 1510 et 1415 manque; et bien plus, nous pensons qu'il est difficile de considérer la règle de l'art. 1504 et 1510 comme une règle conventionnelle. Ce sont là des règles de preuve qui touchent à l'étendue du pouvoir du mari comme chef de la communauté, pouvoirs fixés impérativement, comme toutes les dispositions qui règlent les pouvoirs du

mari, même quand on adopte un régime de communauté conventionnelle. Si donc on peut étendre la disposition de l'art. 1510 à l'art. 1415, ce n'est pas en se fondant sur le caractère conventionnel tacite de la communauté légale, ni en se fondant sur le caractère conventionnel des art. 1504 et 1510, c'est une autre idée que nous allons essayer de dégager.

Le principe de cette généralisation, nous le trouvons dans le trait commun et caractéristique de tous les régimes de communauté et dans l'art. 1528. Toute communauté, quelles que soient les modalités dont on l'affecte implique nécessairement l'existence d'une masse commune. La composition active ou passive de cette masse peut varier à l'infini, mais il y a un ensemble de règles primordiales qui constituent par essence le régime même de communauté : ce sont celles qui fixent le caractère de cette masse commune vis-à-vis des tiers. Ce sont les règles propres au régime de communauté et elles présentent un double caractère : de s'imposer aux particuliers par le fait même qu'ils en ont accepté le principe et quel que soit le texte qui les édicte de pouvoir être généralisées à tous les régimes de communauté.

Or, sans entrer dans l'examen détaillé de ces règles de caractère général, on y doit certainement comprendre celles que l'on peut appeler constitution du gage des créanciers sur cette masse de biens. C'est précisément dans ce groupe que figurent nos articles 1504

et 1510. Il est donc permis de généraliser les règles contenues dans ce dernier texte à la communauté légale : on peut corriger l'art. 1415 par l'art. 1510, et dans l'hypothèse prévue par le premier texte, on n'autorisera la preuve par commune renommée au profit de la femme qu'autant qu'elle ne se trouvera pas en présence de créanciers de la communauté.

La jurisprudence de la cour de cassation, sinon de toutes les cours d'appel se prononce en ce sens et exige un inventaire vis-à-vis des créanciers de la communauté, que la femme se prétende propriétaire ou créancière.

« Le motif principal qui est mis en avant pour soutenir cette opinion est la crainte des fraudes consistant en une majoration d'apports, fraudes qui pourraient avoir lieu au préjudice des tiers, si la femme était admise à exercer ses reprises contre eux sans être munie d'un acte authentique, faisant pleine foi de l'étendue de ses droits. On ne doit pas admettre, en présence des créanciers, aucun acte équipollent, un tempérament à l'inventaire ou à l'état authentique. Le défaut d'inventaire a laissé croire aux tiers que tout était commun, il ne faut pas que la femme puisse renverser légèrement les espérances qui se sont fondées sur cette omission. L'article 1499 édicte une présomption absolue : « *juris et de jure* », qui n'admet pas la preuve contraire de la part du conjoint réclament.

« On dit encore que les créanciers représentent l'intérêt du crédit général tandis que la femme ne peut faire valoir qu'un intérêt privé.

« Enfin, d'après cette théorie, les articles 1415 et 1504 sont relatifs uniquement aux rapports des époux entre eux (1).

« La Cour de Dijon, qui avait longtemps admis la théorie permettant à la femme d'invoquer toute autre preuve qu'un inventaire ou un état authentique pour la reprise de ses propres mobiliers vis-à-vis des créanciers, a cessé de suivre cette voie et s'est rangée à l'avis inébranlable de la Cour de Cassation dans les attendus d'un arrêt fortement motivé à ce sujet (2) :

« Considérant que Maître Chopart, notaire, écrit textuellement dans la liquidation : l'apport mobilier de la dame Chevojon-Pelletier, n'ayant pas été cons-

(1) En ce sens ; Cass. 19 juin 1855 (S. 55. I. 506) Dijon, 14 août 1872 (S. 72. I. 132) ; Angers, 24 décembre 1873 (D. 76. 2. 197) ; — Cass. req. 16 janv. 1877 (D. 78. I. 265) ; — Cass. 20 août 1884 (D. 85. I. 212) — Cass. 22 nov. 1886 (D. 87. I. 113) — Rouen, 21 mars 1892 (D. 92. 2. 30) — Douai, 12 fév. 1897 (D. 98. 2. 140) — Rouen, 9 mars 1898 (D. 99. 2. 13) avec note — Cass. civ. 15 mars 1899 (D. 99. I. 569 ; S. 1900) — 113 Cass. req. 3 mars 1902 (S. 1902. I. 397) — Cass. civ. 29 déc. 1902 (D. 1904. I. 401) avec note de Guénée — Cass. req. 25 nov. 1903 (D. 1905. I. 505) avec note de Capitant ; (S. 1904. I. 260) — Cass. req. 2 mars 1904 (Pand. franç. 1904. I. 435). — TROPLONG. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1883, p. 385 ; Rodière et Pont Cont. de M. t. II, n° 46, p. 36 ; — HUC, *Commentaire théorique et prat.* du C. civ. t. IX, n° 364 ; PLANIOL, t. III p. 283, n° 1248 ; PRINCE, thèse, Paris 1905.

(2) Dijon 18 déc. 1902 (D. 1904. 2. 87).

taté par un inventaire régulier ou un état authentique, conformément à l'art. 1499 du Code civil, Maître Chopart ne pourra le comprendre dans les reprises de ladite dame Chevojon.

« Considérant que la dame veuve Chevojon critique cette appréciation de Maître Chopart et que, pour justifier son contredit, elle s'appuie sur un arrêt de la Cour de Dijon du 4 février 1884, d'après lequel l'article 1499 du Code civil ne l'a privée en l'absence d'inventaire que du droit de revendiquer en nature le mobilier et qu'elle peut en se présentant comme créancière, invoquer les dispositions de l'art. 1504 du Code civil *aussi bien à l'égard des tiers* que de son mari.

« Considérant que la théorie de l'arrêt précité de la Cour d'appel de Dijon n'a pas prévalu en jurisprudence et a été repoussée par des arrêts de la Cour de cassation du 22 novembre 1886 et du 15 mai 1899; que la cour de cassation pose en thèse que l'article 1499 édicte une présomption *juris et de jure* sans qu'il y ait à distinguer entre les reprises en nature de la femme et les reprises en valeur.

« Considérant qu'au surplus, cette doctrine de la Cour de cassation s'étaie notamment sur des considérations péremptoires, que la femme *ne peut pas* faire abstraction de la qualité de *propriétaire*, même quand elle agit comme créancière : que si elle transforme son droit de propriété en une demande d'indemnité,

la cause de sa créance ne réside pas moins dans le droit de propriété; que c'est parce qu'elle a été originairement propriétaire des effets mobiliers qu'elle en réclame ensuite la valeur, que, d'ailleurs, on ne trouve dans le texte de la loi, *aucune trace de la distinction* entre le cas de reprise en nature et celui de reprise en valeur, que rien, dans l'article 1504 du Code civil, ne dénote que par opposition à l'art. 1499, il se réfère exclusivement au cas où la femme se prétend créancière; qu'il est certain qu'il n'a traité qu'aux rapports respectifs des époux; que pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que, parmi les moyens de preuve qu'il énumère, figure la commune renommée; que si l'on applique cet article 1504, il faut le prendre en entier, et qu'alors on arriverait à admettre que la preuve par commune renommée est opposable par la femme aux tiers; que cette conclusion n'est pas soutenable, que la preuve par commune renommée ne portant que sur de simples oui-dire, n'est autorisée par le législateur que dans des circonstances exceptionnelles et à titre de peine, lorsque celui contre qui on veut en faire usage est coupable tout au moins de négligence, qu'on comprend, par exemple, que cette mesure de rigueur soit applicable au mari qui n'a pas fait procéder à un inventaire des biens échus à la femme pendant la communauté, mais que cette mesure n'est pas applicable à des créanciers qui n'ont aucune faute à s'imputer ».

« La même solution est admise par la jurisprudence au cas où les époux ont adopté la communauté d'acquêts jointe au régime dotal (1) » (GAILLARD, De la pr. par C. R.).

D'une façon générale, la jurisprudence rattache donc l'exclusion de la preuve par commune renommée et la nécessité pour la femme d'un inventaire à la disposition de l'art. 1510 (2). On aboutit aux deux conclusions suivantes :

1^o exigence absolue d'un inventaire auquel un

(1) Cass. 15 juin 1855 (D. 55. I. 305).

(2) Le raisonnement de la jurisprudence s'appuie exclusivement et universellement sur l'art. 1510 pour exiger un inventaire dans l'hypothèse de l'art. 1415 comme dans celle de l'art. 1504. Mais il y a une doctrine toute différente exposée dans une note de Sirey par Bufnoir (S. 85. 2. 25) suivant laquelle on admet que l'inventaire dont il est question dans l'art. 1510 n'est pas celui que nous avons en vue en ce moment. C'est, dit-on, l'inventaire du mobilier échu à l'époux qui a des dettes. Autrement dit, l'inventaire que suppose l'art. 1510, c'est celui qui doit servir non pas à écarter les créanciers de la communauté de ce mobilier échu à la femme, mais à limiter les poursuites des créanciers personnels de la femme. Cette disposition de l'art. 1510 aurait pour objet de permettre aux créanciers de la femme de se payer sur les autres objets de la communauté. A supposer que cette doctrine soit exacte, elle ne changerait en rien notre raisonnement. En effet, il existe dans cette doctrine un article qui joue le même rôle que l'art. 1510 dans la nôtre, c'est l'art. 1499, qui décide qu'en l'absence d'inventaire, le mobilier échu aux époux au cours de la communauté est réputé acquis. Le texte établit par là une présomption absolue dans les rapports entre les époux et les créanciers de la communauté. Dès lors l'art. 1499 pourra être invoqué comme l'était l'art. 1510 pour permettre aux créanciers de la communauté de se payer sur le mobilier non inventorié. Nous arriverons donc à la même conclusion. — Cf. dans le même sens Bufnoir (S. 85. 2. 25).

acte en bonne forme ne peut pas suppléer (Agen 24 mars 1902, D. 1903. 2. 433, note de Capitant).

2^o exigence de cet inventaire, que la femme se présente comme créancière de ses reprises ou comme copropriétaire.

En effet, la théorie édifiée par la jurisprudence pour la reprise des propres mobiliers en présence des créanciers des époux ne distingue pas entre la reprise en nature et la reprise en valeur. La cour de cassation a maintenu son système rigoureux pour la femme, exigeant toujours un inventaire ou un état en bonne forme pour la reprise de ses meubles propres, soit en nature, soit en valeur. La cour suprême n'a jamais manqué de casser, lorsqu'ils lui ont été déférés par un pourvoi, les arrêts de cours d'appel admettant une différence quant à la preuve à fournir entre les deux sortes de reprises. Ces cours d'appel, qui sont plus près de la pratique et qui voient la difficulté qu'éprouve la femme à opérer la reprise de ses propres, ont laissé à cette dernière la faculté d'employer même vis-à-vis des créanciers pour la reprise de ses propres en valeur, les moyens de preuve que lui confère l'art. 1504.

Toutefois nous n'avons pas encore épuisé la question des rapports de la femme avec les créanciers de la communauté. Nous avons indiqué les conclusions auxquelles aboutissait la jurisprudence. Il importe maintenant de les apprécier. Or, l'une d'elles sou-

lève de grandes controverses : ne doit-on pas supposer dans les art. 1499, 1504, 1510 une nouvelle distinction : ne convient-il pas de distinguer en effet entre le cas où la femme se présente comme propriétaire et celui où elle se présente comme créancière ? Or cette distinction est très débattue. Nous allons nous efforcer de démontrer qu'elle doit être admise, que la situation de la femme au point de vue de la preuve est différente suivant la qualité avec laquelle elle se présente.

A notre avis, la solution de la jurisprudence, justifiable peut-être en législation, n'est point conforme à l'esprit et à la lettre de notre code. La véritable solution de la question des rapports de la femme avec les créanciers de la communauté se ramène à une distinction.

Si la femme se présente comme propriétaire, elle est tenue d'appuyer sa demande sur un inventaire (1510) ou du moins sur un état en bonne forme (1499).

Si au contraire elle se présente comme créancière, la nécessité d'un inventaire ne s'impose plus. La femme peut faire la preuve contre les créanciers de la communauté par les moyens ordinaires, — et même dirons-nous, par commune renommée.

Cette solution s'inspire du double principe suivant : 1^o que la preuve par commune renommée étant une preuve exceptionnelle et exorbitante, doit être restreinte le plus possible; 2^o que les créanciers étant

les ayants-cause du mari, ils ne doivent pas avoir plus de droits que lui.

Pour apprécier la valeur de la théorie jurisprudentielle, il faut rechercher quel est le caractère des art. 1499, 1504, 1510, 1415 par rapport aux moyens de preuve ordinaires. Or, en général, on présente ces textes comme constituant au profit de la femme contre son mari et à son détriment vis-à-vis des créanciers une exclusion du droit commun. L'obligation pour le mari de faire inventaire, obligation sanctionnée par la preuve par commune renommée dont est armée la femme constitue une faveur applicable non seulement à la femme créancière, mais à la femme propriétaire vis-à-vis de son mari, et à l'inverse l'obligation de fournir inventaire lui est toujours imposée vis-à-vis des créanciers de la communauté.

Il y aurait donc là en deux sens différents exclusion du régime de droit commun. Quel serait en effet celui-ci ?

Si nous raisonnons abstraction faite de nos textes, nous sommes nécessairement amenés à faire une distinction entre la femme créancière et la femme propriétaire, distinction que ne fait pas la jurisprudence; mais à l'inverse nous ne voyons pas apparaître la distinction qu'elle établit entre le cas où la femme se présente vis-à-vis du mari et celui où elle se présente vis-à-vis des créanciers de la communauté.

Quelle est la preuve incombant à la femme dans chacune de ces hypothèses ?

1^o Femme propriétaire. — La preuve imposée à la femme en cette matière nous est indiquée par les règles ordinaires de l'action en revendication. La femme est dans la même situation qu'un propriétaire qui réclame un de ses biens possédé par un tiers. Nous n'avons pas à craindre qu'on nous objecte ici l'art. 2279, car le mari ne peut pas être assimilé à un tiers acquéreur de bonne foi.

Or, pour faire la preuve dans une action en revendication, il n'est dit nulle part que le demandeur doive appuyer sa prétention sur un inventaire. Le demandeur devra établir deux choses : 1^o l'origine de son droit sur la chose réclamée; 2^o l'identité physique et matérielle de l'objet revendiqué avec celui auquel s'applique le titre dont il se prévaut. Or, sur le premier point, la jurisprudence se montre très libérale, et on ne voit pas pourquoi on exigerait ici un inventaire; et sur le second, comme il s'agit de la preuve d'un fait matériel, la liberté de la preuve de droit commun ne doit subir aucune restriction.

En droit commun, il n'y aurait aucune raison de soumettre la femme à un inventaire. (1) Elle n'aurait qu'à prouver : 1^o son titre d'acquisition, et pour cette preuve elle ne pourrait employer que la preuve

(1) La disposition de l'art. 914⁸ est tout à fait exceptionnelle.

écrite ou un commencement de preuve par écrit corroborée par témoins, mais jamais la preuve par commune renommée; 2^o la situation du mari; 3^o l'identité des objets détenus par le mari et de ceux qu'elle a acquis, preuve qu'elle pourrait faire par témoins.

Voyons si les textes dérogent à ces règles de droit commun pour la femme propriétaire.

Le texte qui vise ce cas est l'art. 1499; il est ainsi conçu :

Art. 1499. — Si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt.

Ce texte a pour objet de fixer la composition active de la communauté d'acquêts et il joue ici le même rôle que l'art. 1402 pour la communauté légale. Il vise seulement les règles ayant pour objet de distinguer les meubles propres des meubles communs, et on peut le rapprocher à cet égard de l'art. 1402; il vise donc la situation de la femme propriétaire. La présomption posée par notre article peut être envisagée en tant qu'elle intéresse un des époux contre l'autre ou on peut l'envisager contre les créanciers. Il se peut que la présomption n'ait pas dans les deux cas la même force, mais en tous cas elle aura toujours pour objet de distinguer les biens communs des biens propres, ce qui tranche la question de propriété.

La femme est devenue créancière parce que le mari a reçu des deniers qui lui avaient été donnés

avec le prix d'un de ses propres qui a été aliéné. Le mari n'étant tenu de restituer que s'il a reçu, le point capital de la preuve qu'aura à fournir la femme c'est précisément la réception du mobilier par le mari. Or, ce n'est pas là un simple fait matériel, c'est un fait juridique; par conséquent la femme devra appuyer sa demande sur un acte écrit ou sur un commencement de preuve par écrit. Mais elle ne pourra se servir ici ni de la preuve testimoniale ni de la preuve par commune renommée. Mais aux termes du droit commun, l'écrit que l'on exige de la femme n'a nullement besoin d'être un inventaire, pas plus que dans le cas où elle se présente comme propriétaire. Les textes spéciaux dérogent-ils donc sur ce point aux règles ordinaires ?

Prenons d'abord l'art. 1510. Il vise le droit de poursuite des créanciers au cas de séparation de dettes.

D'après la jurisprudence, cet article a trait au droit des créanciers communs sur les meubles communs et leur permet de se faire payer sur eux s'ils n'ont pas été inventoriés. Mais l'art. 1510 est étranger à la situation de la femme créancière, il vise la femme propriétaire de meubles compris dans le mobilier commun; il vise donc la même hypothèse que l'art. 1499, mais avec cette différence : l'art. 1510 dit que la femme doit présenter un inventaire l'art. 1499 exige un inventaire ou état en bonne forme.

Quant aux articles 1504 et 1415, s'ils dérogent au

droit commun, c'est pour permettre à la femme de faire la preuve, non pas de son titre d'acquisition, mais de la valeur et consistance de celle-ci; non seulement par titre, mais par témoins ou même par commune renommée.

Les solutions que nous venons de donner resteraient vraies en droit commun si nous supposions la femme en présence non point de son mari, mais des créanciers. Cela est vrai, qu'elle se présente comme propriétaire ou comme créancière. Quand la femme se présente comme propriétaire, elle a comme tel un droit de préférence vis-à-vis des créanciers du détenteur ou du possesseur des meubles. Le cas est réglé par l'art. 605 du C. de pr. pour l'hypothèse d'une demande en distraction d'objets mobiliers induitement compris dans une saisie. Dans cette hypothèse, la preuve à faire est de même nature que dans une revendication de droit commun. De droit commun, on ne distingue pas entre le cas où le propriétaire du meuble se présente contre le détenteur et le cas où il se présente contre les héritiers de celui-ci. On peut assimiler la femme à une demanderesse en distraction.

Quant à ce qui concerne la femme créancière, il suffit de s'en tenir au principe que les créanciers d'une personne sont ses ayants-cause et n'ont pas plus de droits qu'elle. On ne peut donc point songer à traiter les créanciers du mari autrement que celui-ci vis-à-

vis de la femme; on ne peut les assimiler à des tiers vis-à-vis de lui : De droit commun aucune distinction n'est à faire entre le cas où la femme se présente comme créancière contre son mari ou contre les créanciers de la communauté. La femme se trouve à leur égard dans la même situation que vis-à-vis de lui.

Or, nos textes ne dérogent pas non plus sur ce point au droit commun. L'art. 1504, qui est le seul qui ait prévu le cas où la femme est créancière, ne formule aucune distinction suivant que la femme se présente pour ses reprises contre son mari ou contre les créanciers de la communauté. On ne pourrait prétendre faire cette distinction que si on la trouvait dans le droit commun; or, il n'en est rien.

Concluons donc que les textes conduisent à distinguer : le cas où la femme est propriétaire (art. 1499); le cas de la femme créancière (1415) et où l'art. 1510 donne une solution exorbitante du droit commun. Quant à l'art. 1504, il ne fait aucune distinction selon qu'elle se présente contre le mari ou contre les créanciers. Il établit une dérogation commune aux deux cas : l'admission de la preuve par commune renommée aussi bien contre le mari que contre les créanciers.

Le système du code combiné avec les règles du droit commun se ramène donc à une distinction entre la femme créancière et la femme propriétaire. D'au-

tre part on ne distingue pas entre le cas où elle se présente contre le mari et celui où elle se présente contre les créanciers.

L'ensemble de ce système déroge au droit commun sur deux points : 1° en ce qui concerne la possibilité pour la femme créancière de recourir à la commune renommée; 2° dans la nécessité pour la femme propriétaire de faire une preuve plus difficile que celle de droit commun. Ceci se comprend. L'hypothèse où il y a plus de dangers pour les tiers est celle où la femme se prétend propriétaire : la preuve de droit commun aurait été trop facile. Au contraire, pour le cas où elle se présente comme créancière, le droit commun ne présente plus les mêmes dangers. Il était donc inutile ici de reproduire l'exigence de l'inventaire.

En effet « au lieu de reprendre les meubles pour elle seule, la femme qui se prétend créancière viendra seulement au marc le franc sur le mobilier, concurremment avec les autres créanciers. D'ailleurs les motifs qui ont fait introduire la preuve exceptionnelle de la commune renommée devaient conduire à la femme dans tous les cas, de manière à la protéger aussi bien contre les créanciers du mari que contre le mari lui-même, afin de lui permettre toujours de retrouver le patrimoine dont le mari a négligé de faire constater la consistance (1).

(1) Dans ce sens Bordeaux, 20 juin 1826 (S. C.N. VIII, II, 245.

C'est ce que marque bien dans ses attendus un arrêt de la Cour de Dijon du 17 juillet 1874 (1) : « Attendu que les moyens de preuve créés par les art. 1415 et 1504 ayant été accordés à la femme dans tous les cas où le défaut d'inventaire lui préjudicie, c'est surtout lorsqu'elle se trouve comme dans l'espèce, en face d'une communauté ruinée par le mari et d'une succession insolvable qu'elle peut s'en prévaloir, que la dame Guiod peut donc invoquer cette ressource contre les créanciers de son mari et que sa prétention n'est nullement contredite par l'art. 1510 ».

« On objectera que la femme a une hypothèque légale qui doit la garantir suffisamment pour le remboursement de ses reprises, mais cette hypothèque ne lui sera utile que si le mari a des immeubles, ce qui n'arrivera pas toujours.

« La distinction entre les deux positions possibles de la femme vis-à-vis des créanciers est bien marquée dans les attendus d'un arrêt de la Cour d'Agen (2).

« Attendu qu'on ne saurait confondre les droits de la femme commune exerçant ses reprises en argent ou en valeur avec ceux de cette même femme

Cass. 29 décembre 1853. S. 54.I.641 ; DALLOZ, 54.I.189).

Angers, 26 mai 1869 (S.70.2.83 ; DALLOZ, 72.2.238).

Caen, 24 mars 1890 (S.90.2.134 ; DALLOZ, 90.2.217).

(1) S. 74.2.250.

(2) 24 mars 1902 (DALLOZ 1903.2.433) avec note de Capitant.

revendiquant en nature des objets mobiliers dont elle se dit propriétaire, que l'article 1504 concerne seulement la preuve de la valeur d'un mobilier qui n'a pas été inventorié, qu'il s'applique à la femme qui réclame, non les objets mêmes de la communauté, mais une *simple créance assimilée à toutes les autres* avec lesquelles elle vient en *concours*, que l'admission de la preuve par tous les moyens, même par commune renommée, se comprend pour l'estimation de la valeur générale d'un mobilier, mais non pour la précision, l'individualisation d'objets déterminés, dont la propriété ne peut résulter que d'un inventaire ou d'un état en bonne forme ».

« Il en est de même, en particulier, quand la femme a reçu un don manuel : « Attendu que les dons manuels ne comportent pas une preuve authentique et que ses droits seraient paralysés si elle devait les établir au regard des tiers, par un genre de preuve qu'elle n'a pu se procurer (1).

« D'ailleurs, s'il y a une fraude à redouter, on doit bien plus la craindre sous la forme d'une constitution de propres fictifs au profit de la femme que sous la forme de la reconnaissance d'une dette : c'est ce qui explique que la loi ait pris des précautions pour prémunir les tiers contre le premier de ces

(1) Angers, 26 mai 1869 (S. 70.2.83 ; Dalloz, 69.2.238).

dangers et non contre le second (1) » (Gaillard, De la preuve par commune renommée).

Néanmoins la jurisprudence exige dans tous les cas un inventaire contre les créanciers. Nous avons rapporté plus haut les motifs qu'elle invoque à l'appui de cette manière de voir. Nous croyons qu'elle n'est pas conforme aux textes. Nous constatons en outre qu'elle est contraire à l'esprit qui anime notre législation la plus récente.

La loi du 13 juillet 1907 qui a consacré au profit de la femme le droit aux revenus de son travail à fait aux biens réservés de la femme une situation particulière en ce sens qu'ils ne font pas partie en principe du gage des créanciers de la communauté. Or, pour établir contre les créanciers la qualité de biens réservés, qu'elle preuve doit faire la femme ? L'art. 4 établit tout en excluant la preuve par commune renommée, le système de preuve le plus large au profit de la femme. Dès lors il y a contradiction entre la jurisprudence sur l'art. 1510 et la loi de 1907.

(1) Cass. 16 janv. 1877 (S. 77.1.69 ; Dalloz, 78.1.269 ; France judiciaire, 1878-1879.2.276) ; Dijon, 4 fév. 1884 (S.85.2.25 avec note de Bufnoir ; Dalloz, 84.2.169) ; Fuzier-Hermann « Code civil annoté », art. 1499, n° 47.

SECTION II

Preuve par commune renommée à défaut d'inventaire à l'égard des biens communs.

(art. 1442)

Le deuxième groupe d'hypothèses dans lesquelles fonctionne la preuve par commune renommée est constitué par l'art. 1442-1^o ainsi conçu : « Le défaut d'inventaire après la mort naturelle de l'un des époux ne donne pas lieu à la continuation de la communauté, sauf les poursuites des parties intéressées relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titre que par commune renommée. ».

Les art. 1415 et 1504 s'occupent du défaut d'inventaire des biens propres, l'art. 1442 s'occupe du défaut d'inventaire des biens communs. Il établit deux sanctions de ce défaut d'inventaire après avoir supprimé la sanction qui existait dans l'ancien droit, la continuation de la communauté entre le survivant et les héritiers du défunt. Les deux sanctions actuelles sont : 1^o l'admissibilité de la preuve par commune renommée pour établir la consistance des effets communs contre le survivant qui n'a pas fait inventaire;

2° la perte de l'usufruit légal que ce survivant pourrait avoir sur les biens des enfants mineurs et en outre la responsabilité solidaire du subrogé tuteur pour toutes les condamnations qui peuvent être prononcées contre l'épouse survivante au profit des enfants mineurs (2° al.).

Cette seconde application de la commune renommée est en un certain sens moins étendue que la première. La première application de la commune renommée fonctionne quel que soit le mode de dissolution de la communauté, tandis que dans notre hypothèse il faut supposer que la dissolution a lieu par la mort. Mais d'autre part, tandis que dans les art. 1415, 1504, la commune renommée ne fonctionne au profit de la femme et au profit de ses héritiers, dans notre texte elle fonctionne au profit des héritiers du mari comme de ceux de la femme. On pourrait en se fondant sur cette double différence être tenté de croire à une différence de principe quant à la nature et quant à l'application de la Commune renommée dans ces deux hypothèses. Mais ce ne serait pas exact et on peut démontrer qu'il y a en somme une ressemblance fondamentale entre les deux hypothèses. L'idée fondamentale, c'est que dans les deux cas la commune renommée se présente comme une sanction de l'obligation de faire inventaire. La seule différence, c'est que cette obligation ne pèse pas sur la même personne : elle pèse au premier cas sur le mari, et dans le

second sur le survivant des deux époux. Mais les deux applications de la commune renommée se ramènent à la même idée : c'est une sanction de l'obligation de faire inventaire. Dès lors le fonctionnement de ce mode de preuve devra être le même dans les deux espèces de situations.

Recherchons, comme nous l'avons fait précédemment, 1^o qui peut invoquer la commune renommée; 2^o dans quels cas elle peut être invoquée; 3^o contre qui :

Les solutions jurisprudentielles sont loin de présenter en notre matière la même abondance que pour la première série d'hypothèses; elles constituent même ici un système d'ensemble assez caractérisé.

Pour quelles raisons a-t-on admis en cette matière la commune renommée ?

Le motif c'est que le défaut d'inventaire après la dissolution de la communauté laisse les héritiers de l'époux prédécédé complètement désarmés quand il s'agit d'établir quelle était la consistance de la communauté. A la mort du conjoint, l'époux survivant, est en possession de tous les biens et valeurs de la communauté; c'est lui qui possède tous les papiers, tous les actes qui peuvent servir à déterminer la composition de la masse commune, et s'il est de mauvaise foi, la plupart du temps, les héritiers du prédécédé seront dans l'impossibilité de démontrer les biens qui en font partie. La preuve par commune renommée

est une sorte de peine édictée contre lui pour réprimer sa négligence; il ne peut s'en prendre qu'à lui des dangers auxquels l'expose ce mode de preuve; il avait un moyen facile de s'y soustraire, c'était de faire dresser un inventaire fidèle et exact à la mort de son conjoint. D'ailleurs, s'il n'est pas coupable, il a dû garder par devers lui les documents qui lui permettront de répondre aux accusations de ses adversaires et de réduire l'exagération de leur demande.

§ I. — QUI PEUT INVOQUER LA COMMUNE RENOMMÉE.

L'art. 1442 emploie une formule générale pour désigner les personnes qui peuvent recourir à cette preuve exceptionnelle : ce sont les « parties intéressées », ce qui comprend les héritiers mineurs comme les héritiers majeurs du prédécédé. Cependant on a prétendu que l'obligation de faire inventaire n'incombait à l'époux qu'en présence d'héritiers mineurs. C'était dit-on la tradition de l'ancien droit, et d'autre part, les héritiers, s'ils sont majeurs, sont en état de veiller eux-mêmes à la conservation de leurs droits, c'est à eux à requérir de leur auteur survivant la confection d'un inventaire.

Cette opinion, juste peut-être dans l'ancien droit, n'est plus soutenable. Les inconvénients du défaut d'inventaire sont en effet les mêmes pour les uns comme pour les autres. D'autre part, la rédaction même de

l'article appuie cette façon de voir : tandis que le § 2 parle spécialement des héritiers mineurs, le § 1 ne fait aucune distinction (Troplong, t. II n° 1284; Rodière et Pont, t. II, n° 997; Aubry et Rau, t. V, § 815 texte et note 6).

Les travaux préparatoires montrent clairement que l'on a voulu accorder le moyen de preuve favorable à tous les intéressés « sans distinction » (Rapport du tribun Duveyrier sur l'art. 56 du projet de C. c.; Caen 4 janv. 1840, S. 41. 2. 82; Toullier XIII, n° 5).

L'expression « intéressés » comprend outre les héritiers les créanciers de la communauté et tous ceux qui ont un intérêt à connaître la consistance et la valeur de la masse commune.

§ 2. — QUAND PEUT-ON FAIRE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE ?

Il importe d'abord d'indiquer que de ce que l'article 1442 autorise la preuve par commune renommée il ne s'ensuit pas que les juges sont obligés d'admettre ce mode de preuve toutes les fois que les héritiers du prédécédé prétendent y recourir. S'ils estiment que les titres, papiers, documents, produits au cours de l'affaire les ont suffisamment instruits sur la consistance de la communauté, ils pourront écarter ce mode de preuve extraordinaire, auquel il est prudent de ne recourir qu'en dernière analyse (Cass. 26

juin 1827, S. 28. 1. 686; Cass. 26 janv. 1842, S. 42, I. 956; Paris 12 janv. 1893, *Le Droit* 17-18 avril 1893; Troplong II, n° 1286; Rodière et Pont, II, n° 9997; Aubry et Rau, t. 5, § 515, texte et note 7, p. 384).

La preuve par commune renommée peut être invoquée quand il n'y a pas eu « défaut d'inventaire après la mort naturelle de l'un des époux. »

La question se pose ici dans les mêmes termes que précédemment : la preuve par commune renommée est-elle possible en cas d'inventaire tardif, irrégulier ou incomplet ?

La loi n'a pas imparti ici non plus de délai aux époux pour faire inventaire. Aussi différentes opinions se sont fait jour.

D'après quelques auteurs qui se fondent sur l'art. 1451, au titre de la tutelle, il faudrait que l'inventaire fut au moins commencé sinon terminé dans les 10 jours qui suivent le décès, qu'il y ait ou non des enfants mineurs. Il doit être terminé dans les 3 mois du décès sauf prorogation par autorité de justice (Magnin, *Des minorités*, t. I., p. 254, 255; Toullier, *Droit civil*, t. 13, p. 33, n° 16).

Il est difficile d'accepter cette opinion, qui se fonde sur un texte relatif à une toute autre matière, qui a pour objet de régler les obligations du tuteur et non pas celles de l'époux survivant lors de la dissolution de la communauté. Les deux hypothèses sont très différentes; en outre, ce délai de 10 jours est

tout à fait étranger à nos traditions historiques et ne saurait s'accepter en dehors d'un texte formel.

Une opinion qui rallie une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence admet que l'inventaire pour être valable doit être dressé dans le délai de 3 mois. Cette opinion se fonde d'abord sur des raisons d'ordre historique : c'était la solution déjà admise dans notre ancien droit (1). Elle invoque en outre des motifs d'ordre rationnel :

1^o Les rédacteurs du code ont supprimé une partie des sanctions établies par notre ancien droit pour l'hypothèse prévue par l'art. 1442. Ils ont supprimé la continuation de la communauté entre le survivant et les héritiers du prédécédé, mais ils ont conservé l'autre sanction : la commune renommée; or, celle-ci n'était admise dans l'ancien droit que si l'inventaire n'avait pas été dressé dans les 3 mois.

2^o Si l'on ne fixe pas un délai, il faut laisser aux tribunaux le soin d'apprécier dans chaque espèce si le retard dans l'inventaire est ou non préjudiciable aux intéressés : c'est introduire en cette matière une

(1) POTHIER, *Traité de la Communauté*. N^o 793 : « La coutume ne s'est pas expliquée sur le temps dans laquelle cet inventaire doit être fait ; l'usage l'a déterminé au temps de 3 mois pour le commencer et le parachever. On s'est fondé sur l'ordonnance de 1667 qui, dans un autre cas, a accordé ce temps aux veuves pour faire inventaire ».

incertitude qui laisserait souvent les parties dans l'embarras et les tribunaux dans la difficulté (1).

Quelle que soit la valeur de ces arguments, nous ne les croyons pas probants.

Dans l'ancien droit pas plus que de nos jours il n'y avait de délai précis imparti pour faire l'inventaire. C'est par analogie que Pothier appliquait ici le délai de 3 mois. Dans un système où les peines n'avaient point le caractère strict qu'elles ont maintenant, cette extension n'avait pas grand inconvénient. Il en est autrement aujourd'hui. Dans le silence de l'art. 1442, et en l'absence de tout autre texte visant l'hypothèse, nous pensons, l'obligation de faire inventaire étant sanctionnée par une déchéance, qu'il serait contraire à une saine interprétation juridique d'entendre ces délais en dehors des cas pour lesquels ils ont été prévus. Dans un texte qui prononce une peine pour inaccomplissement d'un certain acte, il serait arbitraire d'exiger un délai que la loi ne suppose pas. Toute peine suppose une faute. Le survivant ne peut être en faute pour n'avoir pas dressé un inventaire dans un délai qui n'était pas légalement fixé. Il est donc plus sage de laisser au juge le soin d'ap-

(1) En ce sens Douai, 15 nov. 1833 (S. 34.2.189. Orléans, 7 mars 1863 (S. 63.2.298 — D. 63.2.100). MARCADÉ, t. V, art. 1442, III ; THOPLONG, t. II, n° 1290 1293 ; RODIERE et PONT, II, n° 1006 ; AUBRY et RAU, t. 5, § 515, texte et note 3, p. 334.

précier dans chaque affaire, suivant les circonstances de la cause, si à l'époque où l'inventaire a été rédigé il n'était plus possible de le faire dans des conditions donnant toutes garanties aux intéressés. Nous ne prétendons pas qu'un inventaire rédigé à une date quelconque mettra le survivant à l'abri de toute responsabilité, de la preuve par commune renommée. Nous disons seulement que le juge recherchera si la rédaction a eu lieu à un moment et dans des circonstances de nature à garantir la sincérité de cet inventaire. Tout ce que les juges devront rechercher c'est s'il y a eu faute de la part de l'époux survivant ayant entraîné un préjudice pour les parties intéressées, c'est-à-dire les enfants. Peu importe l'époque à laquelle a été dressé cet inventaire pourvu qu'il n'y ait point de préjudice pour ceux-ci. C'est arbitrairement que l'on voudrait étendre à cette hypothèse les délais indiqués par d'autres textes, par l'art. 451, nous avons déjà dit pourquoi, ou par l'art. 1456, qui vise le cas où la femme dresse inventaire pour se réserver le droit de renoncer à la communauté. La loi n'envisage que deux cas spéciaux qu'il n'y a aucune raison de généraliser. Toujours un délai que la loi n'a pas fixé serait arbitraire et dans le silence des textes, les tribunaux ne peuvent que se borner à rechercher si dans les circonstances où il est intervenu, à l'époque où il a été dressé, l'inventaire constitue pour les enfants une garantie suffisante. C'est déjà en ce sens que nous

avons tranché la question à propos des art. 1415 et 1504; c'est l'opinion consacrée par un certain nombre de décisions judiciaires (Paris 18 août 1842, S. 43. 2. 49; Bourges 14 févr. 1859, D. 1860, 2. 52, S. 60, 2. 113; Bordeaux 17 mars 1875, (D. 77, 2. 207); Pau 28 mars 1887 (D. 87. 2. 166, S. 88. 2. 117); Laurent XXII, n° 177, p. 185; Proudhon, De l'usufruit, t. I, n° 170 et 85.).

Nous pensons au contraire qu'il faut assimiler au défaut d'inventaire, l'inventaire incomplet, volontairement infidèle ou irrégulier.

Lorsque le code parle d'un inventaire, il vise toujours, suivant les expressions de l'art. 1456 un « inventaire fidèle et exact » fait par acte notarié. Sur ce point la tradition historique est constante. L'acte authentique d'ailleurs suffit à donner satisfaction à toutes les exigences et nous n'admettons pas avec certains auteurs qu'il soit nécessaire que cet inventaire soit dressé contradictoirement avec les héritiers de l'autre conjoint. C'est étendre arbitrairement et inutilement une disposition de l'art. 1456.

L'inventaire en outre doit être fidèle et exact, car à défaut de ces conditions il ne remplirait pas la fin que poursuivait le législateur en exigeant cette formalité (Pothier, Communauté, n° 793; Huc, Droit civil, t. IX, p. 297, n° 258; Génie 6 août 86; Gaz Trib. 21 août 86; Paris 23 mai 1900, Gaz trib. 31 avril 1900).

Néanmoins, si l'infidélité de l'inventaire était involontaire et n'avait pas été inspirée par une intention frauduleuse, l'inventaire ne laissera pas d'être valable sauf à y ajouter par la suite les effets qui surviendraient à la connaissance de l'époux (Cf. Pothier, *ibid.*; Cass, 1^{er} juill. 1828 (S. 29. 1. 122); Troplong, t. II, n^o 1297-1301; Rodière et Pont t. II, n^o 1004; Aubry et Rau, t. V, § 515, texte et notes II et 13, p. 385; Laurent, t. XXII, n^o 181; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, 3^e édit. p. 15, n^o 1042).

§ 3. CONTRE QUI PEUT-ON FAIRE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE ?

On peut supposer que les héritiers du conjoint prédécédé se trouvent en présence non plus précisément du conjoint survivant, mais bien des créanciers personnels de ce conjoint. On peut imaginer l'hypothèse suivante : à la mort du conjoint, ses héritiers étaient très jeunes, et ce n'est que longtemps après que la question se pose. Dans l'intervalle, le conjoint survivant a fait des dettes. Ils se trouvent en conflit avec les créanciers de celui-ci dont le droit est né postérieurement à la dissolution de la communauté. Vont-ils pouvoir faire la preuve par commune renommée de la consistance des objets mobiliers qui auraient du être inventoriés ? Les héritiers peuvent

se présenter soit à titre de copropriétaires des biens mobiliers tombés dans la masse commune, conservés par le survivant et dont ils réclament le partage soit à titre de créanciers de leur valeur, s'ils ont été aliénés par lui. Ils se présentent alors comme créanciers d'une valeur à déterminer qui sera en général la moitié du prix de l'aliénation.

Dans toutes ces hypothèses la preuve semble pouvoir être faite par les héritiers contre les créanciers du survivant de la façon la plus large et la plus complète comme elle pourrait l'être contre lui-même. Nous raisonnons ici comme pour les articles 1415, 1504, 1510 : le moyen de preuve qu'on peut faire valoir contre un héritier doit pouvoir être invoquée pareillement contre son ayant-cause, qu'il s'agisse d'une preuve de droit commun ou qu'il s'agisse sous le régime de communauté de la preuve par commune renommée. Pour la commune renommée, il y a exception à cette règle dans le cas où la femme se présente comme propriétaire. Nous avons expliqué pourquoi il a paru nécessaire de restreindre ici la faculté de preuve qui lui est accordée quand elle se présente comme créancière. D'ailleurs, pour cette disposition spéciale, il y a un texte. Ici, nous retombons donc sous l'empire de la règle ordinaire : identité de situation du conjoint survivant et de ses créanciers vis-à-vis des héritiers du prédécédé.

Mais telle ne serait sans doute pas l'opinion de

la jurisprudence si la question se présentait devant elle. En effet, nous avons vu que, s'appuyant sur l'art. 1510, elle exige l'inventaire même quand la femme se présente comme créancière, se trouve en conflit avec les créanciers du mari. Elle restreint donc l'usage de la commune renommée au cas où la femme se trouve seulement en présence de son mari. Il est donc probable qu'en notre hypothèse elle refuserait aussi la commune renommée contre les créanciers du mari, mais nous ne croyons pas qu'elle ait déjà eu à statuer sur la question.

SECTION III

CLAUSE SPÉCIALE DU CONTRAT DE MARIAGE AUTORISANT LA COMMUNE RENOMMÉE.

En dehors des hypothèses que nous venons d'examiner, il en existe une autre, celle où les époux ayant adopté le régime de communauté d'acquêts, ils ont dans leur contrat de mariage stipulé que, « à la dissolution de la communauté la future épouse ou ses enfants auront la faculté de reprendre francs et quittes de toutes dettes et charges de la communauté tant ses apports susmentionnés que ce qui sera justifié par elle, par tous genres de preuve, même par commune renommée, ainsi que le permettent les dispositions des articles 1415-1504, être entré de son chef dans ladite communauté à titre de succession, donation ou autrement ».

Quel est l'effet de cette clause ? Deux opinions sont en présence : pour les uns cette clause est valable pour les autres elle est nulle.

La première opinion, qui admet la validité de cette clause, au moins entre époux, raisonne de la façon suivante : L'art. 1504 n'admet la preuve par commune renommée au profit de la femme contre son mari que pour le mobilier échu pendant le mariage. Mais

cette limitation n'est pas d'ordre public et rien n'empêche les époux de réserver à la femme des moyens de preuve plus faciles, plus larges même pour le mobilier apporté en mariage. Il leur est permis d'insérer à cet égard une clause dans leur contrat de mariage; ce n'est là qu'une application du principe de la liberté des conventions matrimoniales (art. 1387). Si le législateur moderne a proscrit pour le droit réel la preuve par commune renommée ou par témoins, c'est pour inciter les époux à se procurer une preuve écrite et la soustraire aux aléas de la preuve testimoniale. Mais rien ne les empêche de renoncer à la disposition protectrice s'ils le jugent bon (en ce sens Guillouard, t. III, 3^e édit. n^o 1480, p. 376) Poitiers 16 déc. 1862, S. 70. 2. 43; D. 69. 2. 203; Dijon 14 août 1872 (D. 73. 2. 166).

Les auteurs qui admettent ainsi la validité de cette clause entre époux ne s'accordent pas aussi bien quand il s'agit de la validité de cette clause à l'égard des créanciers.

Pour les uns, la clause du contrat de mariage stipulant l'emploi de la commune renommée au profit de la femme pour faire la preuve de ses propres mobiliers est opposable aux créanciers : « Attendu, dit la cour de Poitiers, que la convention des parties s'impose au respect de tous, et qu'elle ne peut être méconnue par le créancier qui a pu dire connaître la condition de celui avec qui il traitait, le régime sous

lequel il s'est marié et la stipulation du contrat. » (10 déc. 1868. — D. 69 2. 203, S. 78. 2, 43.)

A l'appui de cette façon de voir, on invoque les art. 1415 et 1504.

Mais l'article 1415 s'occupe uniquement de reprise en valeur et d'autre part l'art. 1504 vise une hypothèse particulière et ne peut être généralisé. Il ne faut pas que sous prétexte de protéger la femme et de lui faciliter la preuve de ses droits, on compromette le droit des tiers, des créanciers qui en l'espèce présentent également quelque faveur. Il ne suffit point de dire que la publicité de la loi de 1850 accorde aux tiers une garantie suffisante et qu'ils pourront se renseigner sur la clause en question car cette connaissance ne supprime pas pour eux le danger de la clause qui nous occupe. Accorder à la femme la preuve par témoins ou par commune renommée c'est faciliter la fraude et lui permettre de présenter comme lui appartenant des biens qui appartiennent en réalité au mari. Les tiers peuvent être à la merci de reconnaissances plus ou moins complaisantes faites par un des époux au profit de l'autre. Pour tous ces motifs, on ne peut admettre les époux à écarter par des stipulations contenues dans leurs conventions matrimoniales les protections des droits des tiers.

C'est l'opinion unanime de la doctrine et de la jurisprudence et la solution de l'arrêt de la cour de Poitiers n'a jamais été reproduite par une autre déci-

sion judiciaire (Poitiers 6 mai 1836 (S. 36. 2. 472); Dijon 14 août 1872 (S. 72. 2. 132, D. 73. 2: 166); Boulogne-s-Mer. 9 juin 1887 (Pand. franç. 88, 2, 242); Aubry et Rau, Voir paragr. 522, texte et note 29, p. 457; Guillouard, Contrat de mariage t. III, 3^e édit. n^o 1480 p. 876.

Nous irons même plus loin et nous en tenant à l'interprétation stricte des textes nous pensons que même entre époux une pareille clause n'est pas valable.

Les preuves en effet ne dépendent point des parties contractantes; c'est la loi qui les a établies c'est le juge qui les ordonne conformément à la loi. Les preuves en outre sont d'ordre public; elles sont donc au-dessus des conventions des parties. Cette opinion a été très nettement exposée par Laurent (t. XXIII, 3^e édit. n^o 189) critiquant l'arrêt de la cour de Poitiers de 1868. « La cour ne se demande même pas si la clause litigieuse est contraire à l'ordre public, elle se borne à dire qu'elle peut être opposée au créancier qui a pu et dû connaître la condition de celui avec qui il traitait, le régime sous lequel il s'est marié et la stipulation du contrat. Il y a ici une confusion complète de principes vrais et de propositions erronées. Sans doute les conventions matrimoniales sont opposables aux tiers, en tant qu'elles changent les droits des époux sur leurs biens; mais la clause litigieuse ne concernait pas les droits de la

femme sur ses biens; elle donnait à la femme le droit de prouver même par commune renommée la consistance du mobilier qui pourrait lui échoir. Avant de décider que cette clause pouvait être opposable aux tiers, il fallait examiner si la clause était valable; or, il est certain qu'elle ne l'est pas. Le législateur seul peut autoriser les preuves exceptionnelles telles que celle par commune renommée; le juge ne pourrait l'ordonner hors des cas prévus par la loi et les parties ne peuvent pas stipuler une preuve que la loi défend.

SECTION IV.

FONDEMENT RATIONNEL DE LA COMMUNE RENOMMÉE

Nous croyons avoir démontré que la preuve par commune renommée ne fonctionne et ne peut fonctionner que dans le régime de communauté dans les limites tracées par les art. 1415 et 1504. Dès lors il importe de se demander si la commune renommée ne serait pas autre chose qu'un simple moyen de preuve et si elle ne serait pas au contraire un caractère propre et spécial au régime de communauté se rattachant aux règles de fond de celui-ci. En un mot, quel est le fondement rationnel de la commune renommée ?

La commune renommée est propre au régime de communauté en ce sens qu'on ne la rencontre pas dans les autres. Mais même dans le régime de communauté elle ne se rencontre point dans toutes les hypothèses. Si nous analysons les cas dans lesquels nous l'avons vue fonctionner, nous constatons que tous supposent l'existence d'une masse commune et qu'il s'agit de réconstituer sur cette masse commune le patrimoine propre de la femme. L'absence de masse commune explique pourquoi la commune renommée ne peut fonctionner sous le

régime dotal, la séparation de biens ou l'exclusion de communauté. Au contraire elle est possible sous le régime de communauté d'acquêts. Il faut d'autre part qu'il y ait lieu de reconstituer le patrimoine de la femme sur cette masse commune et la commune renommée a pour but de l'y aider. C'est pourquoi la jurisprudence exclut ce mode de preuve s'il s'agit de prouver le titre d'acquisition et l'admet pour compléter un inventaire tardif ou incomplet. Les solutions de la jurisprudence cadrent donc bien avec la formule que nous indiquons.

Mais il importe de le justifier. Or, on peut essayer de le faire en examinant la situation de la femme dans le régime de communauté vis-à-vis de son mari et vis-à-vis de ses créanciers. Depuis le célèbre arrêt du 10 janvier 1858 (S. 58. 1. 9) on ne discute plus la question de savoir à quel titre la femme exerce ses reprises. Elle n'est que créancière. Cette formule est tout à fait exacte quand on envisage la femme par rapport aux autres créanciers. Pour ceux-ci la femme n'est qu'une créancière ordinaire soumise au droit commun des créanciers, sauf l'effet de son hypothèque légale. Mais toute autre est la situation de la femme à l'égard de son mari. A son égard elle est plus qu'une simple créancière. Elle est une copartageante (Paris 4 mars 1874. S. 74. 2. 167; Cass. 12 août 1883: S. 84 I. 289; Cass. 13 avril 1891. S. 91. 1: 422): Il ya là une division de fond très nette entre les deux situa-

tions de la femme; simple créancière quand elle est en face des créanciers du mari; copartageante dans ses rapports avec son mari. A chacune de ces deux situations correspond un mode de preuve différent. Quand la femme voudra prouver à l'encontre des créanciers, elle en sera réduite aux moyens de droit commun ou même à l'inventaire, tandis que vis-à-vis de son mari, la preuve par commune renommée serait la conséquence de sa qualité de copartageante.

Examinons en effet ces deux situations.

1^o Rapport des époux entre eux. — Vis-à-vis de son mari, le droit de la femme est plus fort qu'un droit de créance ordinaire; tandis qu'un créancier fait valoir son droit contre un patrimoine auquel il était juridiquement étranger auparavant, avec lequel il n'a d'autre lien que le droit même qu'il invoque et avant l'existence duquel il ne pouvait se prévaloir d'aucune prérogative sur les biens de ce patrimoine, il en est tout autrement de la femme commune. La masse sur laquelle elle prétend avoir des droits, elle elle avait sur elle des droits antérieurs, préexistants. La femme n'est pas simplement créancière des biens compris dans cette masse, elle est copartageante et cette situation privilégiée lui permet de recourir à un mode de preuve qu'on refuserait à un créancier ordinaire, à la commune renommée, sauf au mari à l'écarter par la rédaction antérieure d'un inventaire. Mais cette situation favorable faite à la femme ne

se conçoit que dans ses rapports avec son mari, il ne peut être question de l'opposer aux créanciers pour qui la femme ne peut être qu'une créancière ordinaire. Il importe donc d'exclure en cette matière la preuve par commune renommée, conséquence entre époux de l'existence d'une masse commune, pour réduire la femme aux moyens de preuve de droit commun, sans prétendre, sauf disposition impérative de la loi, lui imposer la nécessité d'un inventaire.

Nous pensons donc que l'on peut admettre l'idée que la commune renommée dans le régime de communauté n'est pas autre chose que la traduction dans le domaine de la preuve de la distinction de la femme créancière de ses reprises vis-à-vis des créanciers, et copartageante vis-à-vis du mari.

1^o Elle justifie les restrictions que nous avons mises à l'admission de la preuve par commune renommée. Parce que celle-ci implique l'existence d'une masse commune sur laquelle la femme fait valoir des droits, nous sommes autorisés à l'exclure de tous les régimes qui n'impliquent pas existence d'une masse commune et des hypothèses où celle-ci existe et où la femme ne fait pas valoir de réclamations à son égard.

2^o Elle justifie la distinction irrationnelle en soi de la situation différente faite à la femme vis-à-vis des créanciers et vis-à-vis du mari. De droit commun, aucune distinction ne se comprend quant à la possibi-

lité de la preuve, entre une personne et son créancier. Au contraire, cette distinction se justifie pleinement dans notre hypothèse parce qu'elle n'est autre chose que la distinction quant au fond de la situation du mari vis-à-vis de la femme et des créanciers du mari vis-à-vis de celle-ci — distinction qui se ramène à l'idée que la femme a vis-à-vis du mari un droit plus fort que vis-à-vis des créanciers.

En somme l'admission de la commune renommée est une conséquence de la nature des règles de fond en ce qui concerne les reprises de la femme sur la communauté.

CHAPITRE II

LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE EN DEHORS DU RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

Jusqu'ici nous n'avons examiné la preuve de la commune renommée que dans un domaine assez restreint, celui de la communauté.

Or, la question qui a donné lieu à celle des reprises de la femme peut se poser sous d'autres régimes que celui que nous avons eu en vue jusqu'ici. Elle peut se présenter également dans le régime dotal, dans le régime sans communauté. C'est d'une façon générale la question de constitution de la dot. Comme aucun texte ne prévoit comment se fera à l'encontre du mari ou de ses créanciers la preuve de l'apport mobilier dont la femme réclame la restitution, la question s'est naturellement posée de savoir si l'on ne pourrait pas permettre à la femme de recourir en pareille hypothèse au mode exceptionnel de preuve accordé à la femme commune par les articles 1415, 1504 et 1510 ?

Nous pensons qu'il faut répondre à cette question par la négative. Nous avons jusqu'ici essayé de montrer qu'à raison de son caractère exceptionnel, cette preuve devait se réduire à l'hypothèse pour laquelle la loi l'a expressément prévue. Toutes les fois par

conséquent que se posera la question de restitution de la dote et où nous ne trouverons pas un texte justifiant la concession à la femme de ce mode de preuve nous pensons que celle-ci devra en être réduite aux preuves de droit commun. La preuve par commune renommée est une preuve d'un caractère trop exceptionnel, trop anormal; elle comporte trop de risques et de dangers pour qu'on puisse l'admettre pour de simples motifs d'analogie en dehors des termes exprès de la loi.

Tel n'est cependant pas l'avis de jurisconsultes très considérables. Pour eux la preuve par commune renommée s'impose pour le cas de régime dotal relativement au mobilier de la femme, pour le régime de séparation de biens et pour celui d'exclusion de communauté. Pour ces régimes, la preuve par commune renommée est possible au profit de la femme. C'est également l'opinion de la majorité des auteurs qui admettent que la femme ou ses héritiers ont sous ces régimes le droit de recourir à la preuve par témoins et même à la commune renommée pour établir la consistance du mobilier dotal non inventorié ou du mobilier propre à la femme.

Ils invoquent en faveur de cette façon de voir les idées générales suivantes. Sous le régime dotal comme sous le régime sans communauté, il s'opère une confusion entre le patrimoine du mari et celui de la femme. Celle-ci abandonne à son mari l'exercice de

la plupart de ses droits, l'administration de ses biens. Sous le régime dotal comme sous celui sans communauté, le mari a la jouissance des biens ou d'une partie des biens de sa femme. Or, nulle part la loi ne l'oblige préalablement à une entrée en jouissance à faire dresser un inventaire. Or, le mari a sur ces biens des pouvoirs beaucoup plus étendus que ceux d'un simple usufruitier dont la loi exige cependant la rédaction d'un pareil acte. D'autre part, la femme a, de par son mariage, une situation subordonnée qui la met matériellement dans l'impossibilité de prendre à l'égard de son mari, les précautions qu'elle pourrait prendre à l'égard d'un tiers.

De là une double raison justifiant suffisamment le droit accordé à la femme de recourir à un mode de preuve exceptionnel que les art. 1415, 1504, reconnaissent à la femme commune. Même confusion de droits entre son patrimoine et celui de son mari, même subordination à l'égard de celui-ci. Puisque le problème de la restitution des biens mobiliers de la femme se présente dans les deux séries d'hypothèses dans des termes identiques, pourquoi ne pas admettre que le législateur n'ait pas voulu lui donner dans les deux cas la même solution ? Il y a là une théorie générale des apports mobiliers posée par le législateur et dominant tous les régimes. Il ne suffit point pour prouver cette opinion d'invoquer le silence des textes. Le législateur, après avoir posé les règles générales de

cette théorie à propos du régime de communauté a été cru inutile d'y revenir à propos de chacun des régimes où il rencontrait la même question. L'identité de situation de la femme implique que le législateur a voulu sous peine de manquer de prévoyance et de logique, lui donner des garanties analogues. Cette plus grande facilité de preuve reconnue à la femme n'est qu'une juste compensation des avantages faits par la loi au mari.

Ce raisonnement doit logiquement conduire à accorder à la femme le bénéfice de la preuve par commune renommée, non seulement pour le mobilier qui lui advient pendant le cours du mariage quand elle s'est constituée en dot ses immeubles présents et à venir, mais même pour le mobilier qu'elle apporte au moment du mariage. Le mari en effet administre les uns et les autres, il est tenu de veiller pour ces deux catégories de biens à la conservation des droits de la femme sans qu'il y ait lieu en somme de distinguer suivant que la cause de ces droits est antérieure ou postérieure au mariage. C'est en effet en ce sens que se prononcent certains auteurs (Demante et Colmet de Santerre, t. II, 2^e édit. p. 483, n^o 441 bis, III.). Mais la plupart des autres auteurs ne sont pas si absolus et font une distinction. Ils n'admettent l'emploi de la preuve par commune renommée que pour le mobilier dotal échu à la femme pendant le mariage. Pour celui-là seul, la subordination

de la femme l'a empêché de rédiger un inventaire. Au contraire, pour celui apporté au moment du mariage, il lui était possible de le faire constater par un inventaire. (Duranton, t. XV, p. 333, n° 289-290; Bellot des Minières, t. IV, p. 482; Delboy, thèse, Paris, p. 160-163.

En outre, la plupart des auteurs font une autre réserve. Ils admettent bien la preuve par commune renommée quand la femme poursuit la restitution de sa dot contre son mari tandis qu'ils ne l'admettent pas quand elle se trouve en présence de créanciers du mari. (Aubry et Rau, t. V, § 535, p. 553, texte et note 29; Guillouard, t. IV, p. 139, n° 1810). A l'égard des créanciers du mari, la consistance du mobilier dotal ne pourrait être établie que par inventaire ou tout au moins par un état ayant date certaine avant leurs poursuites, conformément à l'art. 1328 C. c. Cette décision d'ailleurs, ils ne la donnent que pour l'hypothèse du régime dotal pur.

Nous pensons au contraire que la preuve par commune renommée n'est point admissible en pareille hypothèse et qu'elle n'a rien à faire en dehors du régime de communauté. Mais en même temps, nous ne voyons pas pourquoi on veut induire la femme à faire la preuve par un inventaire ou par un état ayant date certaine.

A l'appui de leur façon de voir, les auteurs partisans de l'extension fond valoir en dehors de la considération d'ordre général que nous avons indiquée un

peu plus haut une raison de texte. Le mari, dit-on, est sous le régime sans communauté comme dans le régime dotal usufruitier des biens de sa femme. Or, l'usufruitier (art. 600) est obligé de faire inventaire; sans doute ce texte ne sanctionne pas cette obligation par la preuve par commune renommée au profit du nu-propriétaire, mais on y supplée par la solution des articles 1415, 1504, 1510 pour admettre la preuve par commune renommée contre le mari dotal ou marié avec exclusion de communauté.

Il y a là un procédé de raisonnement qui ne nous semble pas admissible. Il est peu correct d'aller chercher dans le régime de communauté des textes écrits pour une matière spéciale et de les appliquer à la théorie générale de l'usufruit.

Ce n'est donc point sur cette analogie entre le mari usufruitier des biens de sa femme dans le régime dotal pur et dans le régime sans communauté qu'on peut se fonder pour étendre la preuve par commune renommée. Mais il est un autre raisonnement auquel on pourrait être tenté de se reporter.

Au-dessus des règles particulières à chaque régime, il y a, pourrait-on dire, des règles générales qui les dominent tous. Ces règles doivent être appliquées naturellement même dans le silence des textes. Tel est le cas de la règle « estimation vaut vente ». Tel est également, d'après certains auteurs, le caractère de la règle consignée dans l'article 1568. Tel serait aussi le caractère de nos articles 1415, 1504, 1510,

qui seraient des textes généraux formulant à l'occasion de la communauté des règles débordant sur tous les autres régimes. Le principe de l'extension de ces textes se ramène à l'idée qu'ils sont fondés sur l'état de subordination de la femme vis-à-vis de son mari, subordination qui se présente sous le régime dotal ou d'exclusion de communauté comme sous le régime de communauté. Ces textes statuent sur des difficultés de droit commun, sur des questions d'actions réelles ou personnelles qui se présentent évidemment avec un caractère plus accentué sous le régime de communauté sans pour cela être étrangère aux autres. C'est là une nouvelle raison pour donner à leurs solutions un caractère général.

Cette argumentation, préférable à l'argument d'analogie tiré de l'usufruit, n'est cependant pas, croyons-nous, impossible à réfuter.

1^o L'idée de subordination que l'on admet comme étant le fondement de la généralisation de ces règles devrait logiquement conduire à admettre celle-ci même sous le régime de séparation de biens. Qu'est-ce en effet que cette subordination sinon l'incapacité de la femme se manifestant sous forme de l'autorisation maritale ? Or celle-ci existe bien dans le régime de séparation de bien ; nous devons donc lui étendre la règle de l'admission de la commune renommée comme moyen de preuve dans le cas où la femme ayant confié à son mari l'administration de ses biens,

celui-ci a négligé de faire dresser un inventaire. Or, contre cette solution, tout le monde proteste, preuve que le prétendu principe de l'art. 1415, 1504, et 1510 fondé sur la subordination de la femme ne déborde pas comme on veut bien le dire sur les autres régimes.

La subordination à laquelle on fait allusion serait-elle donc une subordination variable avec chaque régime ? C'est la ruine même du principe de la généralisation. C'est en effet sur une subordination de la femme que sont fondés nos textes, mais une subordination qui prend sa source dans le caractère particulier de la nature spéciale du pouvoir du mari sous ce régime.

2^o Si l'on admet que l'on doit généraliser nos textes, parce qu'ils règlent des situations de droit commun (créancier, propriétaire) qui peuvent se présenter sous d'autres régimes que la communauté, il faut de même généraliser tous les textes qui ont en vue des rapports analogues de droit commun, tel que l'article 156, qui vise le cas où le mari est tenu de la restitution de la dot; puisque c'est un texte qui vise un rapport de créancier à débiteur et a pour but de faciliter l'action de la femme, pourquoi ne pas le généraliser en dehors du régime dotal à tous les cas où la femme réclame les biens mobiliers apportés par elle ?

Les auteurs qui généralisent le système de la commune renommée font d'ailleurs une distinction arbi-

traire. Ils dissocient la solution des articles 1499, 1504 et 1510 qui cependant forment un tout; ils admettent que contre le mari la femme peut faire la preuve par commune renommée, mais contre les créanciers ils exigent qu'elle soit munie non pas d'un inventaire, comme l'art. 1504, mais d'un acte ayant date certaine aux termes de l'art. 1328.

La distinction qu'ils prétendent faire entre la preuve à l'encontre du mari et celle à l'encontre des créanciers du mari n'est pas admissible. La condition des créanciers du mari est la même que celle du mari vis-à-vis de la femme réclamant la restitution de sa dot. Puisque l'on s'accorde dans le cas où la femme se trouve en face des créanciers du mari pour écarter la preuve par commune renommée, il n'y a plus d'autre solution que d'admettre à son profit contre eux la preuve par les moyens de droit commun. Nous avons déjà mis en lumière cette égalité de situation du mari et de ses créanciers vis-à-vis de la femme. En faisant abstraction du système exceptionnel de preuves organisées en matière de communauté par les art. 1415, 1504 et 1510, nous avons cherché ce qu'aurait été le droit commun pour la femme exerçant ses reprises en l'absence de ces textes et nous avons abouti à la conclusion qu'il y avait égalité de situation entre le mari et ses créanciers vis-à-vis de la femme. C'est à la même idée que nous arrivons ici.

Quant à l'art. 1328 que l'on fait intervenir dans le

débat, il est tout à fait hors de cause. Il n'a rien à faire avec les actes dont la femme peut se prévaloir pour réclamer la restitution de la dot. L'art. 1328 est un texte imaginé pour permettre aux ayants-cause à titre particulier d'une personne d'écarter les actes sous seings privés, les conventions passées par leur auteur et qui pourraient leur être préjudiciables. Il vise essentiellement des conventions. Or les actes à raison desquels la femme réclame la restitution de sa dot, sont totalement étrangers à l'idée de convention entre le mari et la femme. Nous ne pouvons donc point substituer le système de l'art. 1328 à celui de l'art. 1504. Nous aboutissons dès lors à cette idée que sous le régime dotal pur, la femme pour faire la preuve de ses reprises, pour réclamer la restitution de sa dot n'aura besoin ni d'un inventaire, ni d'un acte ayant date certaine. La preuve s'administrera à l'égard des créanciers de la même façon qu'à l'égard du mari.

Dans le régime sans communauté, de même que nous avons refusé à la femme de recourir à la preuve par commune renommée contre le mari, de même nous ne lui imposerons pas l'inventaire à l'encontre des créanciers de celui-ci, et la femme pourra employer dans les deux hypothèses les moyens de preuve du droit commun. Ce système du droit commun se caractérise par deux traits essentiels : l'obligation pour la femme de faire la preuve par les moyens de droit commun : preuve par écrit, preuve testimoniale, com-

menacement de preuve par écrit (art. 1347, 1348) et 2^o égalité complète des situations du mari et de ses créanciers vis-à-vis de la femme.

Bien entendu, il ne peut être question de preuve par commune renommée pour la restitution des biens paraphernaux ou des biens personnels dont la femme aurait, sous le régime dotal ou de séparation, confié l'administration au mari. La femme en pareil cas est en effet investie d'un libre pouvoir d'administration; il lui appartient de prendre soin de son patrimoine (Petiet, *Preuve en matière de reprises matrimoniales*, p. 59).

CHAPITRE III

PROCÉDURE

Il reste à examiner une dernière question sur laquelle nous serons brefs : celle de la procédure à suivre pour faire la preuve par commune renommée. Le code civil sur ce point a gardé le silence et le code de procédure civile n'est pas davantage explicite. De ce silence est née une divergence d'opinion dans la doctrine. Faut-il soumettre la preuve par commune renommée aux règles édictées par le C. de proc. civ. au titre XII des enquêtes dans ses articles 252 à 254, c'est-à-dire aux règles ordinaires de la preuve par témoins, ou peut-on appliquer à la preuve par commune renommée une autre procédure pour son administration ?

On a soutenu en effet, que les tribunaux étaient autorisés à renvoyer l'audition des témoins pour établir l'inventaire par commune renommée devant un notaire par eux commis, notaire qui pourra être assisté d'un expert. Ainsi la preuve par commune renommée serait dispensée de la forme des enquêtes ordinaires (En ce sens Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, t. II, p. 80; Zacharie, édit. Massé et Vergé, t. II; p. 516, § 595, n. 2; Paris 23 mai 1900, *Gaz. Pal.* 21

Cette opinion est ordinairement repoussée, et à bon droit. La preuve par commune renommée en effet est en la forme une preuve testimoniale; elle rentre dans les termes des articles 259 à 294 du code de proc. civ. A raison même de sa nature, elle doit donc être soumise à ces textes. D'autre part, c'est une preuve qui, à raison de son incertitude, présente de graves inconvénients et qui est dangereuse pour celui contre qui elle est administrée. Il importe donc d'en réduire le plus possible les inconvénients et les dangers. Or, ce n'est point ce que l'on ferait si l'on enlevait aux parties les garanties du serment prêté devant le juge et la procédure des reproches. En supprimant ces formalités, on rend sans doute l'administration de la preuve par commune renommée plus simple et plus rapide, mais précisément la forme sommaire qu'on donne à cette procédure n'est pas sans risques pour les parties.

Lorsqu'au cours d'un débat sur la consistance de la masse commune, une des parties propose de recourir contre l'autre à notre mode exceptionnel de preuve, et que la justice l'ordonne, il s'agit bien en réalité d'une enquête rentrant dans la juridiction contentieuse des tribunaux. C'est en effet aux juges qu'il appartient d'entendre les témoins, de leur faire prêter le serment nécessaire préalable à toute déposition; seuls aussi ils ont la puissance de les contraindre à déposer et le pouvoir de statuer sur les reproches qui

peuvent être présentés contre eux. Aussi la jurisprudence écarte-t-elle d'une façon générale la possibilité de renvoyer à un notaire le soin de procéder à cette enquête et à la démonstration de la preuve par commune renommée, (1) quand bien même les experts auraient prêté serment (2) et qu'un juge aurait été commis concurremment avec le notaire désigné (3).

Cette solution d'ailleurs peut être écartée lorsque c'est par suite d'un accord entre les parties que le notaire a été chargé de recueillir les témoignages de la preuve par commune renommée. Les parties sont libres de renoncer aux garanties que leur accorde la procédure des enquêtes; nous ne sommes plus en effet ici en matière de juridiction contentieuse (Troplong, *Contrat de mariage*, t. II, n° 820; Rodière et Pont, t. I, n° 567).

Comment sera menée l'enquête par commune renommée devant le juge commis par le tribunal?

Elle commence à peine de nullité par une signification du jugement ordonnant l'enquête. Cette signification faite à avoué par le demandeur, et à son défaut par le défendeur, est suivie d'une requête que

(1) Cass. 17 janv. 1838 (S. 38. I. 162); Douai, 1^{er} juin 1847 (S. 48. 2. 46. D. 47. 4. 339); Paris, 12 nov. 1869 (Rev. not. § t. XV n° 2723); Douai 11 avril 1884 S. 84. 2. 156); GUILLOUARD. *Contrat de mariage* 3^e éd. t. II, p. 163; N° 659; AUBRY ET RAU t. VIII § 761 p. 298; DEMOLOMBE t. XXX, n° 327.

(2) Limoges, 3 août 1841, Journ. des Av. 1844 p. 222.

(3) Douai, 1^{er} juin 1847 (S. 48. 2. 46).

le demandeur adresse au juge commissaire pour lui demander d'ordonner l'assignation des témoins aux jour et heure qu'il indiquera. Le délai imparti pour faire entendre les témoins est très court, car la loi est pleine de défiance pour la preuve testimoniale. Elle craint qu'un délai plus long ne permette de suborner des témoins ou de s'en procurer à prix d'argent. Le délai pour continuer l'enquête varie suivant que celle-ci doit avoir lieu au siège du tribunal, ou dans un rayon de 5 myriamètres, ou au delà de cette distance. Au premier cas, c'est la loi qui fixe un délai de 8 jours au demandeur pour commencer l'enquête, à compter de la signification du jugement à son avoué. Dans le second cas, le point de départ de ce délai est fixé par le tribunal, qui jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois la durée ne peut être inférieure à huit jours. L'enquête est réputée commencée le jour où le demandeur obtient l'ordonnance du juge commissaire l'autorisant à citer les témoins.

En vertu de cette ordonnance, le demandeur assigné les témoins et son adversaire pour que celui-ci puisse assister à l'instruction de l'affaire. Mais l'assistance de l'adversaire n'est pas nécessaire.

Une copie du jugement indiquant les faits sur lesquels doit porter la preuve et en vertu desquels l'assignation est donnée, est remise à chaque témoin.

L'enquête doit être terminée dans la huitaine de l'audition des témoins, à peine de nullité, à moins

qu'un délai plus long n'ait été fixé par le jugement. La partie qui demande une prorogation de délai doit comme pour toute enquête former sa demande dans le délai de l'enquête (Bordeaux, 10 mai 1827., Journ. des av. 1827, p: 231):

Ces formalités sont toutes requises à peine de nullité.

L'enquête a lieu en chambre du conseil ou dans le cabinet du juge commissaire à moins que le tribunal n'ait décidé d'y procéder sur les lieux en présence du juge assisté du greffier. Les témoins assignés doivent aux jours et heures indiqués remettre au greffier la copie de leur assignation. Les témoins défaillants sont réassignés à leurs frais. Chaque témoin doit, à peine de nullité, prêter serment de dire la vérité. La déposition est nécessairement orale.

Après la déposition qui ne doit pas être interrompue, le juge commissaire peut, d'office ou à la requête d'une des parties, poser des questions à un témoin pour lui demander une précision ou un éclaircissement.

La déposition et l'interrogatoire sont consignés au procès-verbal; ils sont lus au témoin, qui déclare s'il persiste ou non dans ses affirmations. Le greffier doit noter les additions ou modifications qu'il fait à sa déposition et lui en donner lecture. Puis le tout est signé par le témoin, le juge commissaire et le greffier. Toutes ces formalités sont requises à peine

de nullité (Garsonnet, Procédure civile, 2^o édit. t. III, p. 42).

La partie contre laquelle est administrée la preuve par commune renommée est autorisée à faire la preuve contraire par une enquête ordinaire (Bourges) 19 juin 1808 — Pand. chr. Dall. alphabet. 12.587 — Trib. Seine 11 juin 1847, Journal des av. 1847, p. 609, Chauveau, sur Carré, quest. 256).

Lorsqu'un témoin est reproché pour cause de parenté, on admet que sa déposition ne doit pas être lue si le reproche est reconnu fondé par le tribunal. C'est une disposition impérative qui s'impose même à la femme qui, conformément à l'art. 1504, est autorisée à faire par commune renommée la preuve de son mobilier non inventorié (Poitiers 2 janv. 1838 — Journ. des av. 1838, p. 122).

Les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les dépositions des témoins. Ils peuvent, si d'autres documents leur paraissent plus probants, repousser la rumeur publique comme inexacte. Mais comme en fait on ne recourt à la preuve par commune renommée que si d'autres documents n'éclairent point l'affaire, et comme dans cette procédure les témoins jouent le rôle de véritables experts, leur avis sera la plupart du temps suivi par le juge (Duet, Du notariat, V^o enquête par commune renommée, n^o 4; Rep. gén. du Journ. du Pal. V^o preuve par commune renommée, n^o 21).

CONCLUSION

Nous avons déterminé le domaine d'application de la preuve par commune renommée et, à raison de son caractère exceptionnel, nous avons cherché à le restreindre le plus possible. Dans les cas où elle s'applique, elle présente une réelle importance, car elle sera souvent le seul moyen pour le juge de se faire une conviction.

Mais, rationnellement, doit-on approuver notre législation d'avoir maintenu ce moyen de preuve qui présente un caractère un peu barbare et grossier ? N'est-il pas le vestige d'une époque où la preuve par témoins n'était pas aussi rigoureusement proscrite qu'aujourd'hui ? Son maintien peut-il se justifier dans notre droit moderne autrement que par des considérations historiques ?

Nous avons indiqué au cours de cette étude, chaque fois que nous avons rencontré une application de cette preuve, les raisons qui nous paraissaient en expliquer l'admission. Il faut bien reconnaître qu'encore aujourd'hui la preuve par commune renommée apparaît comme une garantie pour la femme, comme un correctif de la position subordonnée qui lui est faite à l'égard du mari dans le régime de communauté. A ce point de vue elle peut être rattachée

aux dispositions de caractère exceptionnel et exorbitant qui ont pour but de contrebalancer les pouvoirs du mari sous ce régime : droit pour la femme de renoncer à la communauté, d'exercer ses récompenses avant celles du mari, bénéfice d'émolument. La femme évidemment ne peut sous le régime de communauté prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation de son patrimoine. Celui-ci est entre les mains du mari, qui en est presque le maître. Il est juste que cette infériorité soit rachetée par quelque faveur. Mais cette infériorité tient seulement à la conception et aux règles de notre code. Le jour où elles seront modifiées dans le sens d'une plus grande indépendance reconnue à la femme, la commune renommée pourra sans inconvénient être supprimée. Nous avons déjà dit qu'il n'en peut être question pour les paraphernaux ou sous le régime de séparation. Les pays qui accordent à la femme une plus grande capacité qu'en France, comme l'Allemagne, n'ont pas cru nécessaire de lui laisser ce mode de preuve exceptionnel (Teissier, *De la preuve des apports mobiliers*, Rev. bourguignonne 1901, p. 103-121).

C'est aussi pour remédier à une infériorité, sinon de droit du moins de fait, que la preuve par commune renommée est admise dans l'art. 1442 au profit des héritiers vis-à-vis du conjoint survivant. Elle leur sera une garantie précieuse contre les abus auxquels pourrait se trouver entraîné le parent survivant, qui,

grâce au prestige de la puissance paternelle, serait libre de tenir les enfants à l'écart des affaires qui les concernent et de leur dissimuler, par le défaut d'inventaire, leur situation pécuniaire véritable.

FIN

Vu :

Le Président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE

Vu : *le Doyen,*
P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

CHAPITRE I. — La preuve par commune renommée dans le régime de communauté.	
Section I. — Preuve par commune renommée à défaut d'inventaire des biens propres. — Généralités.	1
§ 1. — Objet de la preuve par commune renommée.	8
§ 2. — Quand peut-on recourir à la preuve par commune renommée	20
§ 3. — Qui peut prouver par commune renommée.	25
§ 4. — Contre qui peut-on prouver par commune renommée.	29
Section II. — Preuve par commune renommée à défaut d'inventaire à l'égard des biens communs.	54
§ 1. — Qui peut invoquer la commune renommée.	57
§ 2. — Quand peut-on faire la preuve par commune renommée.	58
§ 3. — Contre qui peut-on faire la preuve par commune renommée.	64
Section III. — Clauses spéciales du contrat de mariage autorisant la preuve par commune renommée.	67
Section IV. — Fondement rationnel de la preuve par commune renommée.	72
CHAPITRE II. — De la preuve par commune renommée en dehors du régime de communauté.	77
CHAPITRE III. — Procédure.	88
CONCLUSION.	5

ANGOULÈME

· · · · · IMPRIMERIE L. COQUEMARD ET C^{ie}
